

## **A COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DAS CONTAS DE CONVÊNIO GERIDAS POR EX-PREFEITOS**

*The competence for the judgment of convention accounts managed by Ex-Mayors*

**Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi**

Formada pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - USP e pós-graduada em Direito Público e Ambiental pela University of Wales, Aberystwyth, País de Gales - Reino Unido. Juíza de Direito atuante no E. Tribunal de Justiça de São Paulo, designada para auxiliar a E. 5ª Câmara Criminal, e exerce, concomitantemente, o cargo de Juíza Efetiva - Classe Juiz de Direito - do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo.

### **RESUMO:**

Pretende-se neste artigo realizar uma análise objetiva e jurisprudencializada acerca da competência para o julgamento das contas de convênio geridas por ex-prefeitos e a inelegibilidade prevista na alínea “g”, do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/1990. Em 2016 o E. Supremo Tribunal Federal, ao analisar os Recursos Extraordinários nºs 729744 e 848826, fixou entendimento de que o parecer técnico elaborado pelo Tribunal de Contas, tem natureza meramente opinativa, competindo exclusivamente à Câmara de Vereadores o julgamento das contas anuais referentes a atos de governo e a atos de gestão do chefe do Poder Executivo local, sem, contudo, dispor sobre as contas de convênios, não havendo a classificação do ato do governante, quando gestor desses contratos. Assim, coube à Justiça Eleitoral, a partir do exame dos casos concretos, nortear e dar contornos definitivos sobre o tema, restando descrita a trajetória das discussões realizadas nos Tribunais no presente artigo.

Palavras-chave: inelegibilidade, contas de convênio, Chefe do Poder Executivo, competência, Tribunal de Contas, Poder Legislativo

### **ABSTRACT:**

This article intends to carry out an objective and jurisprudential analysis of the jurisdiction for the judgment of the accounts of the agreement managed by former mayors and the ineligibility foreseen in item "g" of article 1, item I, of Complementary Law n. 64 /nineteen ninety. In 2016, the Federal Supreme Court, when examining Extraordinary Remedies Nos. 729744 and 848826, established that the technical opinion prepared by the Court of Auditors is purely opinionated, and it is the responsibility of the City Council to judge the annual accounts referring to acts of government and acts of management of the head of the local Executive Branch, without, however, disposing of the accounts of agreements, and there is no classification of the act of the ruler, when manager of these contracts. Thus, it was up to the Electoral Court, based on the examination of the concrete cases, to guide and give definite contours on the subject, and the trajectory of the discussions held in the Courts in this article is described.

Key words: ineligibility, convention accounts, Chief of Executive, competence, Court of Accounts Audit, Legislative

## ***A competência para o julgamento das contas de convênio geridas por ex-prefeitos***

**SUMÁRIO:** 1 A Competência para julgamento das contas de convênio geridas por ex-prefeitos. Referências Bibliográficas

O candidato a um mandato eletivo deverá atender às condições de elegibilidade previstas na Constituição Federal (artigo 14, §§ 3º e 8º), respeitar as condições legais de incompatibilidades, além de não estar presente nenhuma causa constitucional ou legal de inelegibilidade (artigo 14, §§ 4º e 7º da CF e Lei Complementar nº 64/1990).

Conforme preleciona Alexandre de Moraes, “a inelegibilidade consiste na ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, da condição de ser candidato e, conseqüentemente, poder de ser votado, constituindo-se, portanto, em condição obstativa ao exercício passivo da cidadania”<sup>1</sup>.

A inelegibilidade referente à rejeição das contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, quando constatada irregularidade insanável, que configure ato doloso de improbidade administrativa, é uma das principais causas do indeferimento de registros de candidaturas após as inovações trazidas pela denominada “Lei da Ficha Limpa”<sup>2</sup>.

O artigo 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/90:

*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;*

---

<sup>1</sup> Moraes, Alexandre de, Direito constitucional – São Paulo: Atlas, 2005, pg. 215.

<sup>2</sup> Lei Complementar nº 135/2010.

Sobre a nova redação dada à norma em comento, Joel J. Cândido, ao reportar sobre o tema, assim destacou:

*Em primeiro, o legislador alargou o rol de agentes que estão sujeitos à inelegibilidade, e o fez ao trazer para dentro do crivo do Tribunal de Contas, além dos agentes mencionados no art. 71, II, da Constituição Federal, que com outros ali já se encontravam, todos os demais ordenadores de despesa (gestores de dinheiros, bens e valores públicos), que tenham agido naquela condição (ou seja, que derem causa a perda ou extravio ou outra irregularidade que resulte prejuízo ao erário). A segunda mudança consistiu na ampliação do leque dos requisitos necessários para que as várias hipóteses de rejeição de contas venham a acarretar inelegibilidade...<sup>3</sup>*

Em suma, o referido dispositivo reclama, para a configuração da inelegibilidade em comento, a existência de decisão irrekorível do órgão competente para julgar as contas, além da presença de outros elementos obrigatórios, como (a) a existência de prestação de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas, (b) o julgamento e a rejeição das contas, (c) a detecção de irregularidade insanável e (d) que essa irregularidade caracterize ato doloso de improbidade administrativa.

A controvérsia viu-se instalada na definição de qual órgão seria competente para o julgamento das contas, sobretudo se se considerar que, em alguns casos, tal função está prevista dentre as atribuições do Tribunal de Contas e, em outros, pelo Poder Legislativo, constituindo o parecer daquele em trabalho de cunho meramente opinativo.

José Jairo Gomes, tratando especificamente do assunto, preleciona que:

*A Constituição Federal conferiu ao Tribunal de Contas uma série de relevantes funções, conforme se vê no rol constante de seu artigo 71. Entre elas, destacam-se as de consulta e julgamento. Pela primeira – prevista no inciso I –, compete-lhe apreciar as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado e enviado ao Poder Legislativo. A este competirá julgar as contas à luz do parecer emitido pelo Tribunal (CF, art. 49, IX). O julgamento em foco envolve questões atinentes à execução do orçamento votado e aprovado no Parlamento; (...) O julgamento das contas anualmente apresentadas, atinentes à execução do orçamento, é, pois, competência exclusiva do Poder Legislativo. Nessa hipótese, o Tribunal de Contas realiza papel meramente técnico-auxiliar. O parecer prévio que emite tem o objetivo de orientar os membros das Casas Legislativas, não os vinculando, porém. Assim, se ao Tribunal parecer que as contas devam ser rejeitadas, nada impede que o Legislativo as aprove. Nessa hipótese, aprovadas as contas pelo Parlamento, não despona a responsabilidade político-jurídica do administrador público, não se configurando, pois, a inelegibilidade em foco. Isso, porém, não liberta o ordenador das despesas tidas por irregular pelo Tribunal de suas responsabilidades, porquanto prevalece, nesse caso, o julgamento*

---

<sup>3</sup> Cândido, Joel J., *Direito Eleitoral Brasileiro* – 15. ed. – São Paulo: EDIPRO, 2012, pg. 135.

*técnico. Pela segunda – prevista no inciso II –, compete ao Tribunal de Contas, ele mesmo, 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 federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. Note-se que a hipótese em foco é bem diferente da anterior, pois trata-se de perscrutar a responsabilidade do ordenador de despesas. (...) Nesse caso, as contas devem ser prestadas diretamente ao Tribunal, sendo sua, igualmente, a competência para julgá-las. (...) As observações feitas aplicam-se a todos os entes federativos (CF, art. 75). No particular, as funções consultiva e de julgamento do Tribunal de Contas são repetidas nas Constituições estaduais e do Distrito Federal<sup>4</sup>.*

Distintas, pois, as situações: na primeira, as contas devem ser apresentadas diretamente ao Poder Legislativo, porque competente para a respectiva análise, podendo valer-se ou não de parecer emitido pelo Tribunal de Contas, pois este funcionaria apenas como órgão técnico-auxiliar daquele. Na segunda situação, o Tribunal de Contas é detentor da competência para apreciar e julgar meritoriamente as contas que lhe forem submetidas.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, visando esclarecer essa divisão de funções, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 729744 e 848826, decididos no âmbito do instituto da Repercussão Geral, assentou que à Câmara de Vereadores compete a apreciação das contas anuais referentes a atos de governo e a atos de gestão do chefe do Poder Executivo local.

Confira-se:

*Repercussão Geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Competência da Câmara Municipal para julgamento das contas anuais de prefeito. 2. Parecer técnico emitido pelo Tribunal de Contas. Natureza jurídica opinativa. 3. Cabe exclusivamente ao Poder Legislativo o julgamento das contas anuais do chefe do Poder Executivo municipal. 4. Julgamento ficto das contas por decurso de prazo. Impossibilidade. 5. Aprovação das contas pela Câmara Municipal. Afastamento apenas da inelegibilidade do prefeito. Possibilidade de responsabilização na via civil, criminal ou administrativa. 6. Recurso extraordinário não provido. (Tribunal Pleno, RE nº 729744, Repercussão Geral, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22.08.2017)*

*“I - Compete à Câmara Municipal o julgamento das contas do chefe do Poder Executivo municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas, que emitirão parecer prévio, cuja eficácia impositiva subsiste e somente deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da casa legislativa (CF, art. 31, § 2º). II - O Constituinte de 1988 optou por atribuir, indistintamente, o julgamento de todas as contas de responsabilidade dos prefeitos municipais aos vereadores, em respeito à relação de equilíbrio que deve existir entre os Poderes da República (‘checks and balances’). III - A Constituição Federal*

---

<sup>4</sup> Gomes, José Jairo, Direito eleitoral – 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2016, págs. 234/235.

*revela que o órgão competente para lavrar a decisão irrecorrível a que faz referência o art. 1º, I, g, da LC 64/1990, dada pela LC 135/2010, é a Câmara Municipal, e não o Tribunal de Contas. IV - Tese adotada pelo Plenário da Corte: 'Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores'. V - Recurso extraordinário conhecido e provido." (Tribunal Pleno, RE nº 848826, Repercussão Geral, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 23.08.2017)*

Contudo, o julgamento das contas de convênios geridos pelo Chefe do Executivo, continua gerando discussão e conflito nos Tribunais Regionais Eleitorais.

Isso porque havia a necessidade de se classificar o ato do governante, quando gestor desses contratos, a fim de enquadrá-lo, ou não, como ato de governo ou de gestão.

Nessa perspectiva, algumas Cortes Eleitorais, mais especificamente nos julgamentos relativos às eleições municipais de 2016, passaram a adotar o entendimento de que o órgão competente para o julgamento das contas de ex-prefeitos era da Câmara Municipal, mesmo em casos de convênio.

O fundamento dessas decisões estava centrado na circunstância de que, toda e qualquer contabilidade do Chefe do Executivo Municipal, sujeita a controle externo, teria que, obrigatoriamente, inserir-se numa das duas hipóteses destacadas pelo Excelso Supremo Tribunal Federal (atos de governo e atos de gestão), já que esta diferenciação teria sido exhaustivamente exposta pela Suprema Corte.

Em outras palavras, a natureza das contas (convênio, consórcio-público ou outra forma de parceria) seria irrelevante, na medida em que qualquer hipótese deveria estar subsumida de um lado ou de outro (nas contas políticas ou nas contas de administração), sendo, pois, inescapável do sistema dualista.

Nesse contexto, estando em análise as contas do Prefeito ao Tribunal de Contas, caberia apenas o auxílio técnico da emissão de parecer, porquanto o julgamento, em si, só poderia ser realizado pelo Poder Legislativo, sem o qual, impossível a incidência da inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar nº 64/90<sup>5</sup>.

A título exemplificativo, os julgamentos proferidos pela Egrégia Corte Eleitoral Paulista nos Recursos Eleitorais nºs 64-84.2016.6.26.0238 e 84-65.2016.6.26.0015.

Na mesma direção:

*REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO E VICE-PREFEITO. SENTENÇA QUE, ACOLHENDO AS IMPUGNAÇÕES, INDEFERIU O REGISTRO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO REJEITOU AS CONTAS DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A PREFEITURA E ENTIDADE LOCAL. IMPRESCINDÍVEL O PRONUNCIAMENTO DA CÂMARA MUNICIPAL. A DECISÃO DA*

<sup>5</sup> Vide Ramayana, Marcos, Direito eleitoral – 11. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2010, pg. 381.

JUSTIÇA COMUM PROFERIDA EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA REVELA A OCORRÊNCIA DO DOLO, DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE TERCEIROS. CONDENAÇÃO A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 14, I, 'L', DA LC 64/90. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA AFASTAR A INELEGIBILIDADE DECORRENTE DA ALÍNEA 'G', MANTENDO-SE A DA ALÍNEA 'L'. INDEFERIMENTO DO REGISTRO DE CANDIDATURA E DA CHAPA MANTIDO. (TRE/SP, RE nº 20764, Ac. de 05.10.2016, Rel. Des. Carlos Eduardo Cauduro Padin, Publicado em Sessão)

RECURSO ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2016. PREFEITO. SENTENÇA DE DEFERIMENTO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADA. MÉRITO: PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO REJEITANDO CONTAS DO RECORRIDO, ENTÃO PREFEITO. INCIDÊNCIA DA HIPÓTESE DO ARTIGO 1º, INCISO I, ALÍNEA "G" DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. INAPLICABILIDADE. STF: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 848826 E 729744. FALTA DA ANÁLISE DAS CONTAS PELA CÂMARA MUNICIPAL. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO FORA DO PRAZO LEGAL. NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR QUE NÃO SUSPENDEU DIREITOS POLÍTICOS. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NOS MOLDES DA LEI 8429/92. RECURSOS DESPROVIDOS. (TRE/SP, RE nº 12469, Ac. de 30/09/2016, Rel. André Guilherme Lemos Jorge, Publicado em Sessão)

*Recurso Eleitoral. Registro de candidatura. Eleições de 2016. Vice-prefeito. Impugnação. Sentença de improcedência. Deferimento do registro. Desaprovação de contas, pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Causa de inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar nº 64/90. Contas do Prefeito, como ordenador de despesas de convênios municipais, não julgadas pela Câmara Municipal não é hábil para torna-lo inelegível. Posicionamento firmado por esta C. Corte, ressalvado meu entendimento. Sentença mantida. Recurso desprovido. (RE nº 27402, Ac. de 14/10/2016, Rel. Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi, Publicado em Sessão)*

ELEIÇÕES 2016 - RECURSO ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. ART. 1º, I, ALÍNEA "G" DA LC Nº 64/90 - ACOLHIMENTO. COMPETÊNCIA DA CÂMARA MUNICIPAL PARA JULGAMENTO DE CONTAS PROVENIENTE DE TERMO DE PARCERIA ENTRE A MUNICIPALIDADE E A ENTIDADE DE TERCEIRO SETOR. ACOLHIMENTO PARCIAL SEM EFEITOS MODIFICATIVOS NO DISPOSITIVO DO V. ACÓRDÃO EMBARGADO. 1. O embargante pretende mera rediscussão da matéria fática em relação às matérias relativas às inelegibilidades das alíneas 'e' e 'l' da LC nº 64/90,

*assim como em relação à filiação partidária e inabilitação ao exercício de cargos públicos, vedada pela via estreita dos embargos de declaração. 2. As contas de gestão, decorrentes de convênio firmado entre a Municipalidade e entidade do terceiro setor, sem recursos de outra unidade federativa, devem ser julgadas pela Câmara Municipal, com fundamento nos RE's nº 848826 e 729744 do STF. 3. Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos para afastar a inelegibilidade da alínea 'g', I, art. 1º, da LC nº 64/90, mas sem efeitos modificativos no dispositivo do julgado, que desproveu o recurso. (TRE/PR, RE nº 8298, Ac. de 30.11.2016, Rel. Paulo Afonso Da Motta Ribeiro, Publicado em Sessão)*

Do outro lado, posicionamento diverso sustentava que a competência dos Tribunais de Contas era de julgamento meritório, e não de simples função opinativa, porque estava de acordo com o disposto nos artigos 71, inciso II, da Constituição Federal, e 2º, inciso XVII, da Lei Complementar Estadual nº 709/1993, os quais dispõem, respectivamente, caber aos Tribunais de Contas da União “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 federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” e do Estado “julgar convênios, aplicação de auxílios, subvenções ou contribuições concedidos pelo Estado e pelos Municípios a entidades particulares de caráter assistencial ou que exerçam atividades de relevante interesse público”.

Acresça-se, por oportuno, que a referida tese ainda ressaltava a inexistência de qualquer desrespeito aos paradigmas aqui mencionados (STF, RE nº 729744 e RE nº 848826), na medida em que inalterado o entendimento de que compete à Câmara de Vereadores a apreciação das contas anuais de governo e de gestão do Chefe do Poder Executivo local.

Todavia, a respeito das contas de convênio, nas quais o mandatário atua como ordenador de despesas, a competência remanesce ao Tribunal de Contas, sobretudo se se considerar a constante presença de verbas estaduais e federais que integram estes contratos, a afastar, obviamente, qualquer juízo de valor por parte de um ente municipal, tese que defendia no julgamento do RE nº 224-90.2016.6.26.0018 (Ac. de 29.09.2016), de minha relatoria.

Essa compreensão acabou sendo adotada em diversos outros Regionais Eleitorais:

*RECURSO ELEITORAL - REGISTRO DE CANDIDATURA-INDEFERIDO. PROCEDÊNCIA. CONVÊNIOS. IRREGULARIDADES INSANÁVEIS. ATOS DOLOSOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Não foi afastada a competência do Tribunal de Contas para o julgamento de contas pertinentes a convênios, permanecendo a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, 'g', da Lei Complementar no. 64/90, na esteira do que entendimento já firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral. 2. Em precedente elucidativo, a Corte Superior Eleitoral, ao analisar a incidência do art. 1º, I, 'g', da LC no. 64/90, esclareceu que, a uma, cabe à Justiça Eleitoral verificar se a falha ou irregularidade constatada pelo órgão de contas caracteriza vício insanável e se tal vício pode ser, em tese, enquadrado como ato doloso de improbidade*

*e; a duas, não compete à Justiça eleitoral decidir sobre o acerto/desacerto de decisão que rejeitou as contas, tampouco se insere na competência da Justiça eleitoral afirmar a existência, em concreto, de ato doloso de improbidade administrativa, sob pena de invadir a competência do órgão técnico e/ou do Juízo natural da Ação de Improbidade. 3. In casu, as irregularidades das contas, relativas à Tomada de Contas Especial instaurada pelo pelos órgão distintos em decorrência das irregularidades identificadas são insanáveis, e denotam, em tese, a prática de ato doloso de improbidade. (TRE/AM - RE nº 18472, Ac. de 04.11.2016, Rel. Henrique Veiga Lima, Publicado em Sessão)*

*RECURSOS ELEITORAIS. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. CONTAS DE GOVERNO. IRREGULARIDADES CONSTATADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. JULGAMENTO. COMPETÊNCIA. CÂMARA DE VEREADORES. VERBAS PROVENIENTES DE CONVÊNIO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. RECURSOS DESPROVIDOS. 1. O julgamento das contas do Prefeito como gestor de fundos municipais é de competência exclusiva da Câmara de Vereadores. Precedentes do STF. 2. Comprovada a ausência de julgamento das contas de gestão pela Câmara Municipal, bem como a aprovação das contas de governo, inaplicável a inelegibilidade insculpida no artigo 1º, inciso I, alínea 'g', da Lei Complementar n. 64/1990. 3. As verbas estaduais provenientes de convênio firmando entre os governos estadual e municipal são analisadas pelo Tribunal de Contas do Estado. 4. O instrumento de convênio não detém força para modificar competência exclusiva determinada pela legislação específica. 5. Recursos conhecidos e desprovidos. (TRE/GO, RE nº 5933, Ac. de 18.10.2016, Rel. Fabiano Abel de Aragão Fernandes, Publicado em Sessão)*

*Recurso. Registro de candidatura. Candidato ao cargo de Vereador. Contas de convênio rejeitadas pelo TCE. Impugnação. Procedência. Indeferimento do RRC. Decisão emanada de órgão competente. Inexistência de provimento suspendendo ou anulando os efeitos da decisão. Irregularidades insanáveis. Ato doloso de improbidade administrativa. Incidência da inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea g da LC nº 64/90. Provimento negado. Registro indeferido. 1. As contas de convênio firmado com o Estado da Bahia foram rejeitadas pelo TCE, órgão competente para fiscalizar o repasse de verbas do Estado para os municípios e apurar a responsabilidade dos respectivos executores; 2. As irregularidades que motivaram a desaprovação das contas configuram vícios de natureza insanável e configuram ato doloso de improbidade administrativa; 3. Destarte, atendidos os requisitos dispostos no art. 1º, I, g da Lei Complementar nº 64/90, é de se negar provimento ao recurso, mantendo a decisão que indeferiu o requerimento de registro de candidatura requestado. (TRE/BA, RE nº 22242, Ac. de 28.09.2016, Rel. Fábio Alexsandro Costa Bastos, Publicado em Sessão).*

No decorrer de tais discussões, as Cortes Regionais Eleitorais passaram a trilhar, de forma unânime, o mesmo arremate analítico das contas dos convênios celebrados entre entes federativos distintos, sob o fundamento de que estas não poderiam ser submetidas à apreciação valorativa de um poder legislativo local.

Confronte-se:

*Recurso Eleitoral. Registro de candidatura. Eleições de 2016. Prefeito. Impugnação. Sentença de procedência. Indeferimento do registro. Preliminar de falta de interesse recursal afastada. Recurso do candidato. Desaprovação de contas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Na apreciação das contas do chefe do Executivo relativas a consórcio intermunicipal, no qual figura como administrador (presidente), a competência dos Tribunais de Contas é de julgamento, e não opinativa. Inteligência dos arts. 71, II, e 75 da CF/88 c.c. art. 9º, parágrafo único, da Lei 11.107/05. Precedentes. Reconhecimento de causa de inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea 'g', da Lei Complementar nº 64/90. Dolo presente na espécie. O elemento subjetivo a que alude o referido dispositivo legal é o genérico, e não o específico, ou seja, a simples vontade de praticar a conduta em si que ensejou a improbidade. Irregularidade insanável. A omissão do dever de prestar contas, nos termos do art. 11, VI, da Lei n. 8429/92, atrai a incidência da inelegibilidade em comento. Precedentes. Incidência imediata da LC nº 135/10, conforme entendimento consolidado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade. Recurso desprovido. (TRE/SP, RE nº 10974, Ac. de 14.10.2016, da minha relatoria, Publicado em Sessão)*

*ELEIÇÕES 2016. RECURSO ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. CARGO. PREFEITO. CONVÊNIO ENTRE UNIÃO E MUNICÍPIO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES. EDITAL DE NOTIFICAÇÃO DA DÍVIDA. CONSELHO DELIBERATIVO DO FUNDO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. NÃO COMPETE AO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE REJEITAR AS CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ÓRGÃO COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 1º, INCISO I, ALÍNEA "G", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. DESPROVIMENTO DO RECURSO. SENTENÇA MANTIDA. Não cabe ao Ministério do Meio Ambiente aprovar ou reprovar contas, decorrente de supostas irregularidades, advindas de convênio entre a União e o Município. 2. O órgão competente para o julgamento de contas é o Tribunal de Contas da União; 3. Não estando presentes os requisitos previstos no artigo 1º, inciso I, alínea 'g', da Lei Complementar nº 64/90 não há que se falar em causa de inelegibilidade. 4. Recurso que se nega provimento. 5. Sentença Mantida (TRE/MT, RE nº 19728, Ac. de 22.09.2016, Rel. Marcos Faleiros da Silva, Publicado em Sessão)*

*RECURSO ELEITORAL. REGISTRO CANDIDATURA. PREFEITO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. AUSÊNCIA DE REJEIÇÃO DAS CONTAS PELA CÂMARA MUNICIPAL. CONVÊNIO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. IRREGULARIDADE INSANÁVEL. ATO DOLOSO DE*

*IMPROBIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA "G", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. De acordo com o novel entendimento do Supremo Tribunal Federal, sufragado no julgamento dos Recursos Extraordinários nsº 848826 e 729744, não cabe mais a esta Justiça Especializada adentrar no mérito da decisão do Tribunal de Contas que julga as contas de gestão do Chefe do Poder Executivo, a fim de verificar possível inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar 64/90, eis que a decisão da Corte de Contas passa a ter enfoque meramente opinativo, tanto para contas de governo como para as de gestão anual do Prefeito. 2. Não há qualquer notícia nos autos da existência de rejeição das contas do Recorrido pela Câmara Municipal de Mucurici/ES, no exercício em que o mesmo funcionou como Chefe do Poder Executivo no referido Município. Não se tendo notícia do julgamento das contas pelo órgão competente afastada está a inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea "g", da Lei Complementar 64/90, consoante entendimento do c. STF sufragado no julgamento dos Recursos Extraordinários nº(s) 848826 e 729744. 3. É firme o entendimento no sentido de que o julgamento de contas relativas a convênios para repasse de recursos federais a prefeituras municipais é de competência do Tribunal de Contas da União. Precedentes do TSE. 4. Diante das circunstâncias do caso concreto, não há como considerar como irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, a alienação de veículo, adquirido com recursos do convênio, antes do prazo estipulado em contrato, quando se constata que o veículo objeto da avença foi substituído por outro equivalente, sob a justificativa da existência de vultosas despesas de manutenção. 5. Recursos conhecidos e desprovidos. (RE nº 7811, Ac. de 03/10/2016, Rel. Adriano Athayde Coutinho, Publicado em Sessão)*

A controvérsia manteve-se, entretanto, em relação à competência para o julgamento dos convênios locais, nos quais o prefeito firma parcerias com empresas e outras entidades, utilizando-se de verbas unicamente municipais, ou mesmo de repasses Estaduais ou Federais.

Após muitas discussões nos Juízos de primeira instância e nos Tribunais Regionais, o Colendo Tribunal Superior Eleitoral exarou seu posicionamento no sentido de que o Excelso Supremo Tribunal Federal, ao exame da controvérsia sobre contas de gestão *versus* contas de governo – compreendidas as que envolvem recursos do erário municipal – não ingressou no preciso aspecto das verbas oriundas de convênio, fixando jurisprudência no sentido de que “*compete aos tribunais de contas estaduais fiscalizar e julgar as prestações de contas de convênio relativas a repasses de recursos estaduais feitos aos municípios*” (Recurso Especial Eleitoral nº 4503, Rel. Min. Henrique Neves Da Silva, Publicado em Sessão de 15.12.2016).

No mesmo sentido, a ilustre Ministra Luciana Christina Guimarães Lóssio fez consignar na sua decisão proferida na Ação Cautelar nº 0602934-14.2016.6.00.0000, que “*a Corte Suprema assentou que a competência para o exame das contas de prefeito, seja as de gestão ou de governo, é da Câmara Municipal, funcionando o TC como órgão auxiliar*”, ressaltando ao final, todavia, que “*Ao examinar os registros de candidatura do pleito de 2016, o TSE, aplicando essa nova orientação, dela apenas excepcionou as*

*contas de convênio, por entender que não estão inclusas na determinação do STF”* (Decisão monocrática de 02.02.2017).

Esse, pois, o atual entendimento a respeito da competência para o julgamento das contas de convênio geridas por ex-prefeitos, seguido por inúmeras decisões superiores (*Recurso Especial Eleitoral nº 49648, Rel. Min. Luiz Fux; Recurso Especial Eleitoral nº 27402, Rel. Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio; Especial Eleitoral nº 20389, Rel. Min. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto; Recurso Especial Eleitoral nº 45002, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, dentre outros*) e que, provavelmente, deve nortear e dar subsídios para a apreciação dos pedidos de registro de candidatura das Eleições de 2018.

### **Referências Bibliográficas:**

- Moraes, Alexandre de, Direito constitucional – São Paulo: Atlas, 2005.
- Gomes, José Jairo, Direito eleitoral – 12. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.
- Cândido, Joel J., Direito Eleitoral Brasileiro – 15. ed. – São Paulo: EDIPRO, 2012.
- Ramayana, Marcos, Direito eleitoral – 11. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

**Registro de candidatura: algumas notas**  
**Application record for elections: some notes**

**Fábio Robim Dean**

Formado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com especialização / pós-graduação em teoria das inelegibilidades.

**RESUMO**

Este trabalho aborda alguns aspectos do registro de candidatura, com análise crítica das diversas doutrinas e decisões judiciais existentes sobre o seu fato jurídico, seguindo com uma abordagem dos principais aspectos atinentes ao pedido de registro. O presente estudo, na sua primeira parte, traz uma apresentação sobre o conflito entre a teoria clássica das inelegibilidades sustentada pela maioria da doutrina em contraposição com a posição vanguardista proposta por Adriano Soares da Costa, que desenvolve a sua tese a partir de uma revolucionária visão da teoria dos fatos jurídicos do insuperável Pontes de Miranda. Palavras-chave: Registro de candidatura. Fato jurídico. Pedido.

**ABSTRACT**

This assignment intends to analyze and discuss some instituts related to the application record for elections, presenting and analyzing, in its first part, the classic theory of the unelegibility in contrast to the avant-garde position as made by Adriano Soares da Costa, which grows his studies from the greatest Pontes de Miranda's knowledge of the legal facts. The second part is related to study some aspects of the processual request. Keywords: Application record for elections. Legal facts. Request and process.

## Registro de candidatura: algumas notas

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Fato jurídico do registro de candidatura. 1.1 Noções básicas. 1.2 Princípio da irregistrabilidade da chapa incompleta ou insuficientemente formada. 1.3 Conflito entre a teoria clássica e a teoria de Adriano Soares da Costa. 2- Breve análise do pedido de registro de candidatura. 2.1 Noções básicas. 2.2 Ação de impugnação de registro de candidatura. 2.3 Ações autônomas. 2.4 Característica jurídica<sup>1</sup> da ação de impugnação de registro de candidatura. 2.5 Preenchimento das condições de elegibilidade. 2.6 Algumas notas sobre o rito. 2.6.1 Autuação. 2.6.2 Legitimação ativa da ação de impugnação de registro de candidatura. 2.6.3 Legitimação passiva da ação de impugnação de registro de candidatura. 2.6.4 Petição inicial da ação de impugnação de registro de candidatura e o problema da causa de pedir. 2.6.5 Conexão. 2.6.6 Participação do representante ministerial. 2.6.7 Suspensão de direitos políticos por improbidade administrativa. 2.6.7 Antecipação de tutela. 2.6.8 Julgamento antecipado da lide. 2.6.9 Dilação probatória e contestação. 2.6.10 Sentença / Característica jurídica. 2.6.11 Recurso. 2.6.12 Prazos. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca apresentar resumidamente o conflito entre a teoria clássica das inelegibilidades sustentada pela maioria da doutrina em contraposição com a posição de vanguarda proposta por Adriano Soares da Costa, que desenvolve a sua tese a partir de uma revolucionária visão da teoria dos fatos jurídicos do insuperável Pontes de Miranda.

---

<sup>1</sup> André Luís del Negri não considera “natureza jurídica” a locução adequada para se referir às características jurídicas por não se adaptar à Ciência do Direito (é de uso contínuo nas ciências biológicas / farmacológicas e físicas), além de natureza e Direito serem excludentes e contraditórios, razão pela qual se mostra correta a opção pela expressão “características jurídico-processuais”.

O trabalho tenta trazer a maior quantidade de posicionamentos (especialmente divergentes) sobre os temas explorados e abordar uma análise crítica deles (até mesmo escolhendo uma doutrina em detrimento de outras).

Portanto, este trabalho se justifica pela necessidade e pelo interesse no estudo de um instituto complexo e de imensa importância no regime de governo, na participação política etc.

Esta pesquisa tenta abordar os aspectos pontuais do registro de candidatura, com análise crítica das diversas doutrinas e decisões judiciais existentes sobre o tema, objetivando o alcance de um posicionamento completo e eficiente sobre o tema proposto.

Além disso, há interesse em fazer (ao menos) uma breve apresentação de alguns institutos processuais diretamente relacionados com a matéria em perspectiva.

## **1 Fato jurídico do registro de candidatura**

### **1.1 Noções básicas**

Adriano Soares da Costa considera o registro de candidatura o fato jurídico do qual dimana a elegibilidade. O registro de candidatura não é mais pressuposto legal para a candidatura entre os outros exigidos, mas mostra-se como o ato jurídico que a faz nascer, uma vez que quem não possuir o registro de candidatura é inelegível. Portanto, o direito de ser votado (elegibilidade) é efeito do fato jurídico do registro de candidatura.

Vigora o princípio da unicidade do registro de candidatura, segundo o qual o nacional se registra apenas para um determinado cargo em cada eleição, com exclusão de qualquer outro - CE artigo 88 -. A candidatura é unissubjetiva para os cargos proporcionais.

### **1.2 Princípio da irregistrabilidade da chapa incompleta ou insuficientemente formada**

A eleição do Chefe do Poder Executivo implica do vice com ele registrado - CF artigos 28, 29 inciso II e 77 § 2º - e o candidato a senador deve ser registrado com dois suplentes - CF artigo 46 § 3º -.

Adriano Soares da Costa denomina “candidaturas plurissubjetivas” as registradas em chapa una e indivisível, de maneira que uma candidatura só é juridicamente possível com a outra ou as demais.

O voto dado pelo eleitor não é apenas para o candidato principal sob a ótica jurídica, já que também se dá para os que completarem a chapa - CE artigo 178 -.

Nesse sentido, José Celso de Mello Filho entende que a exigência constitucional traz ínsita a necessidade de integral composição da chapa para o seu prévio e regular registro perante a justiça eleitoral (a formação completa da chapa é verdadeira ato-condição).

Em se tratando de candidatura plurissubjetiva, o pedido de registro deve vir com a indicação dos suplentes, sob pena de ser indeferido o pleito pela impossibilidade jurídica do pedido (essa inviabilidade congênita da candidatura implica inviabilidade jurídica do recebimento do pedido proposto)<sup>2 3</sup>.

### 1.3 Conflito entre a teoria clássica e a teoria de Adriano Soares da Costa

Pedro Henrique Távora Niess e Joel José Cândido afirmam que com o registro de candidato nasce a candidatura (e não a elegibilidade).

A tese de Djalma Pinto aproxima-se da exposição feita por Pedro Henrique Távora Niess, embora dele discorde em alguns pontos essenciais (parte da distinção - implícita na doutrina

---

<sup>2</sup> Condições da ação em sentido estrito

As condições da ação dizem respeito à relação entre o procedimento (adotada aqui a teoria de Elio Fazzalari) e o direito material deduzido em juízo (consistem na relação entre o que se quer do Estado e da parte contrária, ou seja, entre o direito de ação e a pretensão). As condições da ação em sentido estrito são possibilidade jurídica do pedido, interesse processual de agir e legitimação para agir / legitimidade *ad causam* (dividida em legitimação ordinária e legitimação extraordinária - substituição processual -). As condições da ação enumeradas pelo Código de Processo Civil se resumem na existência de pedido contendo uma pretensão razoável (os casos de petição inicial inepta do parágrafo único do artigo 295 do Código de Processo Civil não passam de grosseira ausência de pretensão razoável).

<sup>3</sup> Possibilidade jurídica do pedido

O pedido não pode ser explicitamente vedado pelo ordenamento jurídico (deve ser formulada pretensão prevista em tese no ordenamento jurídico - e não apenas expressamente na lei -; a causa de pedir ilícita contamina o pedido; também pode ocorrer do pedido ser lícito, mas ofensivo à moral e aos bons costumes, o que também faz recair na carência da ação; existência de um tipo de providência legal tal como o autor invoca para propor a ação).

Porém, (a partir de críticas da doutrina processual italiana) Enrico Tullio Liebman e Cândido Rangel Dinamarco não consideram a possibilidade jurídica do pedido uma condição da ação por faltar o próprio interesse de agir quando a postulação requerida pelo autor não puder ser atendida (resta enquadrada a impossibilidade jurídica do pedido na ausência de interesse de agir; a possibilidade jurídica do pedido está integrada no interesse de agir).

Por seu turno, Marcos Bernardes de Mello afirma que a decisão a reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido constitui decisão de mérito por declarar o julgador não ter o autor o direito / ação de direito material que pretende seja protegido (decisão sobre direito material - e não formal - por se tratar de negação do direito que o autor diz ter).

de Pedro Henrique Távora Niess - entre elegibilidade e candidatura). Para ambos, a elegibilidade seria pressuposto necessário da candidatura, embora insuficiente, exatamente por conceberem a elegibilidade como figura intercalar entre as condições de elegibilidade e a candidatura (esta o direito de ser votado e a primeira um direito em potencial).

Adriano Soares da Costa afirma que ambos tentam sustentar a coerência da teoria clássica da inelegibilidade, que se sustenta sobre três axiomas:

- 1) Todo brasileiro é elegível;
- 2) Toda inelegibilidade é uma sanção;
- 3) A regra é a elegibilidade, sendo a inelegibilidade a exceção.

Porém, a teoria da inelegibilidade de Adriano Soares da Costa tem fundamentos colidentes com os da teoria clássica.

Pedro Henrique Távora Niess e Djalma Pinto apartam a elegibilidade da candidatura. Enquanto o primeiro entende que a elegibilidade seria para todos os brasileiros em potência, para o segundo a elegibilidade existe apenas para quem preencher as suas condições.

Em tom crítico, Adriano Soares da Costa afirma que a expressão “elegibilidade potencial” é um enunciado linguístico vazio, cabendo a Pedro Henrique Távora Niess precisar melhor o seu sentido, justificando o seu emprego dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Nas suas obras mais recentes, Joel José Cândido parece já não mais comungar com os seus pares em relação à tese de que a elegibilidade seria comum a todos os brasileiros, ao asseverar que o indeferimento do registro de candidatura pela ausência de alguma condição de elegibilidade implica inelegibilidade do nacional para o pleito.

Nas palavras de Adriano Soares da Costa, como Djalma Pinto define a elegibilidade como sendo o direito subjetivo público de submeter alguém o seu nome ao eleitorado visando à obtenção de um mandato, a elegibilidade seria um direito subjetivo público nascido do preenchimento das condições de elegibilidade, enquanto a candidatura seria o exercício desse direito decorrente do registro de candidatura.

Por seu turno, Adriano Soares da Costa afirma ser a elegibilidade o direito de ser votado e, como todo direito subjetivo, nasce de um fato jurídico determinado fruto da incidência de uma

norma sobre os fatos por elas previstos. Não há direito subjetivo que não tenha como origem a existência de um fato jurídico, que pode ter um suporte fático simples ou complexo.

Sendo a elegibilidade um direito subjetivo público, devem ser respondidas como questões fundamentais qual o:

- 1) Fato jurídico que lhe dá origem;
- 2) Conteúdo deste direito subjetivo.

Continuando a sua exposição, a primeira questão só pode ser respondida com a análise, pelo emaranhado de normas jurídicas, de quais fatos compõem o suporte fático desse fato jurídico. Em complemento, a segunda questão é respondida com a análise das faculdades embutidas no conteúdo do direito subjetivo pelas normas jurídicas.

Adriano Soares da Costa considera insuficiente a presença das condições de elegibilidade para que possam ser exercidos os atos de campanha e, por isso, as condições de elegibilidade são verdadeiras condições de registrabilidade no sentido de serem elementos do suporte fático complexo que faz surgir o direito subjetivo público ao registro de candidatura.

Porquanto, há a figura intercalar do registro de candidatura entre as condições de elegibilidade e a própria elegibilidade. É pelo deferimento do pedido que se consuma o registro de candidatura, nascendo a elegibilidade (direito subjetivo de ser votado).

A doutrina clássica enxerga a candidatura como o exercício da elegibilidade, mas Adriano Soares da Costa afirma ocorrer confusão teórica nessa assertiva por não ter sido feita a necessária distinção entre conteúdo e exercício dos direitos, pretensões e ações.

O conteúdo da elegibilidade é a faculdade de praticar todos os atos de campanha, angariando votos em seu próprio nome. Antes do registro de candidatura não há direito subjetivo público de ser votado nem de praticar atos de campanha.

Na decisão concessiva do registro há efeito preponderantemente declaratório da existência do direito ao registro (declaração de que todas as condições de elegibilidade estão presentes) e secundariamente efeito constitutivo (com o registro de candidatura deferido, nasce a

elegibilidade, podendo - faculdade - o seu titular exercê-la ou não - praticar todos os atos de campanha ou não -)<sup>4</sup>.

Em sentido contrário, para Djalma Pinto e Pedro Henrique Távora Niess, tanto é prova que o registro de candidatura não é o ato jurídico que faz surgir a elegibilidade que, mesmo após o trânsito em julgado da decisão deferitória, é possível proclamar-se a ausência de elegibilidade do candidato registrado, inclusive se já eleito<sup>5</sup>.

Só é elegível quem registrar a sua candidatura e, sendo certo que há espécies de inelegibilidade que não possuem natureza sancionatória, Adriano Soares da Costa entende cair por terra o terceiro postulado da teoria clássica, uma vez que a inelegibilidade inata é a regra e a elegibilidade a exceção. Como os direitos políticos nascem com o ato jurídico de alistamento eleitoral, não são todos os brasileiros que têm direitos políticos (têm-no quando se alistarem no corpo de eleitores).

Para Edson de Resende Castro, é correta a teoria clássica já que, para ser elegível, o brasileiro deve reunir apenas as condições (de elegibilidade) fixadas na lei e não incorrer nas causas (de inelegibilidade) obstativas do exercício da capacidade eleitoral passiva, não se podendo criar mais uma condição de elegibilidade (registro de candidatura) não elencada na lei como tal. Além disso, o registro de candidatura é procedimento para averiguação pela justiça eleitoral da presença das condições de elegibilidade e ausência das causas de inelegibilidade, chegando-se ao final a um procedimento meramente declaratório da justiça eleitoral ao deferir ou não o registro. Condições de registrabilidade são exigências fixadas na legislação eleitoral sem relação com a elegibilidade do candidato e que apenas proporcionam meios de instrumentação da candidatura.

Por fim, há previsão legal no sentido de que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da

---

<sup>4</sup> Fica óbvia a similaridade da característica jurídica do pedido de registro com o procedimento de jurisdição voluntária denominado “alvará”.

<sup>5</sup> Os dignos doutrinadores equivocam-se ao não vislumbrar a característica de jurisdição voluntária (alvará) do procedimento, cuja sentença apresenta como principal efeito jamais constituir coisa julgada, restando obrigatória enquanto não modificada (não é imutável), além da decisão não poder ser objeto de ação rescisória. Como não há litígio / conflito / contensão, sempre é possível obter-se modificação da decisão pela renovação do pedido, uma vez que o critério da decisão costuma ser de mera conveniência ou proteção aos interesses que o juiz se vê chamado a resolver. O juiz não poderia atender as flutuações da conveniência ou oportunidade do negócio se houvesse a coisa julgada formal (prepondera a natureza administrativa do pronunciamento judicial). Nesse sentido os ensinamentos do inigualável José Frederico Marques.

candidatura (Frederico Franco Alvim afirma que o marco de aferição é de regra o momento da apresentação do registro, salvo para idade mínima, domicílio eleitoral e filiação), ressalvadas as alterações fáticas ou jurídicas supervenientes ao registro que afastarem a inelegibilidade (Frederico Franco Alvim afirma que deve ser levada em conta a situação consolidada na data de sua apreciação) - Lei 9504/97 artigo 11 § 10 -. Porém, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves diz que esse dispositivo não se aplica a inelegibilidades fixadas por prazo certo e determinado.

## **2- Breve análise do pedido de registro de candidatura**

### **2.1 Noções básicas**

Adriano Soares da Costa entende tratar-se o pedido de registro de candidatura de uma ação de jurisdição voluntária (espécie de alvará), sem espaço para o estabelecimento do contraditório. Forma-se a relação processual entre o requerente e o juiz eleitoral (nesse sentido também Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues). Tal pedido (realizado por formulários anteriormente preparados pelo Tribunal Superior Eleitoral) deve ser instruído com documentos previstos na legislação eleitoral e indicar o representante do partido ou coligação junto à justiça eleitoral e número de fax para recebimento de intimação e comunicado da justiça eleitoral.

Apenas a não apresentação da prestação de contas enseja a negativa da certidão de quitação eleitoral (quem pagar a multa cominada ou estiver em dia com seu parcelamento antes do pedido de registro de candidatura se encontra quite com a justiça eleitoral e pode concorrer validamente - Lei 9504/97 artigo 11 § 7º e 8º -; resta superada a Resolução TSE 22715/2008 no sentido de que a desaprovação das contas também implicaria ausência de quitação eleitoral; incumbe à justiça eleitoral enviar aos partidos políticos da circunscrição, até o dia cinco de junho do ano da eleição, a relação dos devedores de multa eleitoral, que embasa a expedição das certidões de quitação eleitoral - Lei 9504/97 artigo 11 § 9º -; para Edson de Resende Castro, a rejeição das contas é irregularidade grave e comprometedora decorrente de inobservância de obrigação cogente imposta a todos os candidatos, razão pela qual certidão que o puser como quite falta com a verdade da real situação do candidato, por isso inconstitucional o dispositivo legal ao afrontar os princípios da transparência e da publicidade - esconde nos arquivos da justiça eleitoral informação relevante sobre o candidato, afirma sob fé pública sua quitação eleitoral e contraria a própria natureza do processo eleitoral ao impedir

tanto o exercício da arguição de impedimentos ao registro pelos legitimados quanto o conhecimento dos eleitores sobre o histórico do candidato em outros pleitos -).

Cabe ao juiz eleitoral expedir um edital a partir do protocolo do pedido de registro da candidatura, que pode ser efetuado pelo presidente do partido, delegado ou pelo próprio pré-candidato. Da expedição do edital corre prazo de cinco dias para a impugnação do pedido de registro a ser apresentada ao juiz ou tribunal competente para o registro - LC 64/90 artigo 3º -.

Adriano Soares da Costa entende que documento eventualmente omisso pode ser entregue / apresentado validamente a qualquer tempo antes do julgamento (mera irregularidade formal) porque a documentação exigida tem por único escopo espelhar a existência das condições de elegibilidade (em sentido contrário, o Tribunal Superior Eleitoral tem sido rigoroso quanto à observância dos prazos determinados pela justiça eleitoral). Além disso, o magistrado pode determinar a realização de diligências para aclarar dúvidas eventualmente existentes - Lei 9504/97 artigo 11 § 3º.

## **2.2 Ação de impugnação de registro de candidatura**

A ação de impugnação de registro de candidatura deve ser proposta incidentalmente à ação de pedido de registro de candidato (se não manejada, faz precluir para os legitimados a faculdade de insurgência contra o pedido de registro). Via de regra, serve para atacar qualquer fato ilícito gerador de inelegibilidade cominada (inclusive improbidade administrativa por rejeição de contas por decisão da qual não mais caiba recurso no âmbito administrativo), a ausência de alguma condição de elegibilidade e a omissão de algum documento indispensável. A partir disso, Adriano Soares da Costa entende que eventual abuso de poder econômico e/ou político praticado antes do pedido de registro e inelegibilidade não constitucional devem ser trazidas por essa ação, sob pena de preclusão, por se tratar da ação própria concebida pelo ordenamento jurídico para fustigar fato gerador de inelegibilidade ocorrido e verificado até o momento do pedido de registro de candidatura. Adriano Soares da Costa entende tratar-se de uma ação de rito ordinário e cognição<sup>6</sup> plena e exauriente, uma vez que pode atacar qualquer

---

<sup>6</sup> Cognição judicial

Kazuo Watanabe afirma que a cognição judicial serve para explicar a qualidade e a quantidade do conhecimento das matérias de fato e de direito de determinado processo, englobando os pressupostos / questões processuais, as condições da ação e o mérito.

Ao tratar a matéria de modos de utilização de cognição como técnicas processuais, Kazuo Watanabe classifica a cognição judicial nos seguintes planos distintos:

das causas de inelegibilidade cominada (não há limitação da matéria a ser atacada nem da profundidade das questões debatidas - não há limite imposto ao aprofundamento da *notio* do juiz -), com sumariade dos prazos (nesse sentido Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues). Além disso, o referido autor afirma surgirem as seguintes hipóteses se os legitimados não ajuizarem a ação de impugnação de registro de candidato nem o juiz conhecer de ofício a inabilitação:

1) Não há preclusão por se tratar de matéria constitucional se a inabilitação para o exercício de função pública for aplicada a Presidente da República com fulcro no parágrafo único do artigo 52 da Constituição Federal, podendo ser agitada por meio de recurso contra diplomação. Nesse caso, o candidato eleito verá os efeitos do diploma serem resolvidos em desproveito do seu mandato eletivo - CE artigo 262 inciso I -;

---

1) Horizontal (extensão / amplitude de matérias): A cognição (de acordo com a extensão permitida) tem por limite os elementos objetivos do processo (questões processuais, condições da ação e mérito), podendo ser:

a) Ilimitada / Ampla / Plena: Permite às partes a alegação de qualquer matéria, sem restrição da análise judicial (possibilidade de discussão de toda matéria).

b) Parcial / Limitada: Alcança maior celeridade no processo quando a lei restringir a causa de pedir ou a amplitude da defesa, limitando a cognição a ser exercida pelo juiz (limitação legal de matérias de debate).

2) Vertical (profundidade / intensidade da análise judicial das matérias): A cognição pode ser classificada em:

a) Exauriente / Completa: O juiz deve julgar com base em todas as provas admissíveis, não restringindo o direito à sua produção (admite total / aprofundado exame da matéria delimitada pelo plano horizontal; pode ser exauriente *secundum eventum probationis*). Decorre do juízo de certeza em razão de uma incontrovérsia ou da produção de todas as provas possíveis no processo, produzindo coisa julgada material.

b) Sumária / Incompleta / Superficial: Não permite um conhecimento aprofundado do objeto cognoscível. É menos aprofundada (análise superficial) em decorrência da mera probabilidade ou verossimilhança, não produzindo coisa julgada material.

Por seu turno, Andrea Proto Pisani propõe as seguintes condições / características essenciais para que um procedimento possa propiciar uma cognição exaustiva / plena:

1) Predeterminação legal das formas e dos prazos, dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz, especialmente com referência à proposição de demandas, exceções e fatos que constituem o seu fundamento, à fixação dos meios de prova, à predeterminação das modalidades da sua produção e dos sujeitos que podem tomar a iniciativa de produzi-las, aos prazos de defesa das partes na fase introdutiva no curso do processo e na fase decisória.

2) Realização plena do contraditório em forma antecipada para que o provimento final do juiz somente seja proferido depois de garantida às partes a possibilidade de fazer valer todas as próprias defesas (exceções, proposições probatórias e demandas reconventionais). Como consequência dessas características, ao acerto contido na sentença é atribuída a autoridade da coisa julgada substancial. A predeterminação minuciosa do modo de realização do contraditório e sua efetivação em forma plena e antecipada fazem o pronunciamento final do juiz adquirir a imutabilidade da coisa julgada.

2) Há preclusão da matéria no caso de inabilitação aplicada a prefeito municipal por estar prevista apenas no Decreto-Lei 201/67, podendo exercer normalmente o mandato eletivo, mas pode vir a ser impugnado na próxima eleição.

### **2.3 Ações autônomas**

O pedido de registro de candidatura fica a depender da solução da ação de impugnação de registro de candidatura (ação incidental), uma vez que esta suscita a questão prejudicial da inexistência do direito subjetivo do pré-candidato ao registro. Dessa forma, apresentam-se duas ações autônomas com finalidades diferentes e contrapostas:

- 1) Ação de pedido de registro de candidato (jurisdição voluntária);
- 2) Ação de impugnação de registro de candidato (jurisdição contenciosa).

### **2.4 Característica jurídica<sup>7</sup> da ação de impugnação de registro de candidatura**

Pedro Henrique Távora Niess e Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues afirmam que a ação de impugnação de registro de candidatura é declaratória<sup>8</sup> com efeito *ex tunc* por ser o juiz chamado a se pronunciar a respeito de situação preexistente que o impugnante alega projetar-se sobre as pretensões eleitorais do impugnado, tornando-o inelegível.

Por seu turno, Adriano Soares da Costa pensa que a ação de impugnação de registro de candidato tem outros efeitos além do meramente declaratório da inelegibilidade do pré-candidato impugnado. Continua no sentido de que, em se tratando de inelegibilidade inata, um dos efeitos relevantes da sentença é o declaratório negativo do direito a ser votado. No caso de inelegibilidade cominada, o efeito preponderante é declaratório se a inelegibilidade for causada por outro ato ou constitutivo se antes da sentença inexistir alguma sanção de inelegibilidade (a sentença constitui essa inelegibilidade - a inelegibilidade cominada é sempre estipulada em lei como sanção por ato praticado contra a legitimidade e moralidade das ações -).

---

<sup>7</sup> André Luís del Negri não considera “natureza jurídica” a locução adequada para se referir às características jurídicas por não se adaptar à Ciência do Direito (é de uso contínuo nas ciências biológicas / farmacológicas e físicas), além de natureza e Direito serem excludentes e contraditórios, razão pela qual se mostra correta a opção pela expressão “características jurídico-processuais”.

<sup>8</sup> Um reparo deve ser feito. Na sua monumental obra “Tratado das ações”, Pontes de Miranda explica que nenhuma ação / sentença é pura (nenhuma é somente declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva e qualquer sentença apresenta todos esses elementos - componentes do peso em ordem decrescente -, razão pela qual deve ser mencionada a carga eficaz preponderante).

## **2.5 Preenchimento das condições de elegibilidade**

Há divergência doutrinária a respeito de qual o momento em que ocorre o preenchimento das condições de elegibilidade:

- 1) Joel José Cândido: O apenado pode candidatar-se normalmente para concorrer ao cargo eletivo se a sanção de inabilitação extinguir-se após o momento do pedido de registro e antes da eleição ou da posse dos eleitos porque, do contrário, a inelegibilidade seria estendida para período superior ao legalmente previsto;
- 2) Adriano Soares da Costa: Todas as condições de elegibilidade devem estar preenchidas quando do pedido de registro de candidatura porque, do contrário, o nacional está inelegível (a elegibilidade é direito advindo do registro de candidatura). Além disso, o juiz pode conhecer de ofício a existência da inabilitação quando do julgamento da ação de pedido de registro de candidatura, trazendo para os autos provas que respaldem a sua decisão.

## **2.6 Algumas notas sobre o rito**

### **2.6.1 Autuação**

As duas ações autônomas são autuadas em conjunto e obedecem a um procedimento uniforme mas, dada a prejudicialidade da ação de impugnação de registro de candidatura ao pedido de registro, são julgadas em uma só sentença formal. Porém, a ação de pedido de registro de candidatura tramita sozinha e dá origem a uma relação linear entre o requerente e o juiz eleitoral se os legitimados não ajuizarem a ação de impugnação de registro de candidato.

### **2.6.2 Legitimação ativa da ação de impugnação de registro de candidatura**

Podem impugnar o pedido de registro o Ministério Público, os partidos ou coligações e os pré-candidatos já indicados nas respectivas convenções (é cabível litisconsórcio ativo facultativo). Porém, Adriano Soares da Costa afirma não serem legitimados os partidos políticos quando pertencentes a uma coligação (o Tribunal Superior Eleitoral não admite concorrência de legitimidade entre partido político pertencente e coligação; o partido político só tem legitimidade para atuar isoladamente quando questionar a validade da própria coligação e no período compreendido entre a data da convenção e o termo final para impugnação das candidaturas - Walber de Moura Agra e Carlos Mário da Silva Velloso entendem que os partidos abdicam da sua própria individualidade para a formação de um só ente, não havendo diferenciação capaz de fornecer tratamento privilegiado a qualquer

agregiação - - Lei 9504/97 artigo 6º § 4º -, mas o Tribunal Superior Eleitoral tem reconhecido legitimidade concorrente entre a eleição e a diplomação; Frederico Franco Alvim admite a atuação isolada do partido diante de dissidência interna entre as agregiações coligadas, sendo competente para apreciação a justiça comum).

A jurisprudência não reconhece legitimidade aos eleitores, que podem apenas apresentar uma representação dirigida ao órgão ministerial dando notícia de inelegibilidade ou manifestando conhecimento de fato idôneo a provocar o indeferimento do pedido de registro.

Adriano Soares da Costa afirma que a coligação e o partido político não podem investir contra a candidatura de um seu filiado por falta de interesse de agir, além de incidir em quebra da vontade expressa na convenção pelos demais filiados. Porém, nada impede que pré-candidato impugne pedido de registro de colega partidário porque disputam espaço no próprio partido e frente à comunidade votante (só não pode impugnar pré-candidato a eleição majoritária ante a falta de interesse de agir e a necessidade de submissão à vontade da maioria convencional - nesse sentido Tito Costa -).

### **2.6.3 Legitimação passiva da ação de impugnação de registro de candidatura**

Prevalece na doutrina que o legitimado passivo da ação de impugnação de registro de candidato é o candidato, sendo legitimados extraordinários (se aquele não contestar) o partido político ou a coligação. Porém, ao afirmar não haver base legal para o prazo único se realmente for o caso de litisconsórcio passivo, Adriano Soares da Costa conclui no sentido de intervenção no processo como assistente litisconsorcial por parte da coligação ou do partido político em virtude dos efeitos reflexos da sentença de procedência, que podem prejudicar a relação do partido político com o candidato.

O vice é litisconsorte necessário passivo em decorrência da natureza da candidatura plurissubjetiva (há uma relação jurídica pertencente a duas pessoas, recaindo a ação sobre ambas), sob pena de nulidade processual insanável. Por seu turno, Eduardo Domingos Bottallo, Antônio Araldo F. dal Pozzo e Daniela Puglia Weiss entendem que a falta de citação da coligação ou do partido político ao qual filiado o candidato não configura nulidade absoluta por não ocorrer litisconsórcio passivo necessário entre o candidato impugnado e a(s) agregiação(ões) pela(s) qual(is) concorre.

## 2.6.4 Petição inicial da ação de impugnação de registro de candidatura e o problema da causa de pedir<sup>9</sup>

A ação de impugnação de registro de candidatura deve atender aos requisitos previstos no Código de Processo Civil.

Adriano Soares da Costa afirma que os fatos descritos no inciso I do artigo 1º da Lei Complementar 64/90 podem ser integralmente atacados tanto pela ação de investigação judicial eleitoral (se praticados os atos entre o registro e a diplomação) como pela ação de impugnação de registro de candidatura (se praticados os atos antes do pedido de registro de candidatura).

Qualquer fato capaz de infirmar a pretensão do pré-candidato, gerando o indeferimento do pedido de registro, pode ser suscitado pela ação de impugnação de registro de candidato, em debate pleno e exauriente das questões trazidas aos autos.

Porém, Adriano Soares da Costa (nesse sentido Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira) sustenta que têm sido impostos limites severos ao manejo da ação de impugnação por negligência da análise dos fatos constituintes da causa de pedir, sob o argumento de se prestar

---

<sup>9</sup> Elementos da ação

Os elementos identificadores da ação para distinguir umas das outras são:

1) Partes: Há duas definições:

a) Clássica (posicionamento majoritário): Pessoa que formular o pedido e a pessoa em face de quem vier a ser formulado o pedido (autor e réu);

b) Moderna (posicionamento minoritário): Todos que participarem do contraditório perante o Poder Judiciário, o que implica atingir todos os intervenientes do processo.

2) Causa de pedir / *Causa petendi*: Composta por dois elementos de descrição:

a) Causa de pedir remota: São os fatos que produzem efeitos jurídicos;

b) Fundamentos jurídicos / Causa de pedir próxima: São as consequências jurídicas produzidas por este fato.

Embora a ação tenha por destinatário o Estado (a quem a tutela jurisdicional é impetrada), a pretensão ajuizada tem por fim alcançar o réu (por isso, a individualização subjetiva da *actio* se opera através das partes).

Também há necessidade de uma divisão de teorias a serem adotadas para a identificação da *causa petendi*:

1) Teoria da individualização: Basta a afirmação de ser a parte portadora de um determinado bem ou direito para que seja suficiente o preenchimento do elemento da ação (é bastante a relação de direito afirmada pelo autor para se individualizar a ação);

2) Teoria da substanciação: Não basta a afirmação de ser senhor de um direito porque devem constar também a razão e o modo de aquisição desta condição (é necessária a alegação do fato constitutivo do pedido). Essa é a teoria adotada pelo ordenamento jurídico nacional.

apenas para atacar inelegibilidades flagrantes (já fundamentadas em provas pré-constituídas - sem necessidade de dilação probatória -) - LC 64/90 artigo 3º § 3º e 4º -.

O Tribunal Superior Eleitoral já decidiu no sentido de que a ação de impugnação de registro de candidatura é meio hábil de atacar a prática de abuso de poder econômico e político anterior ao registro.

### **2.6.5 Conexão**

As diversas ações interpostas por pessoas diferentes devem ser juntadas por conexão<sup>10</sup> para um julgamento comum, de modo a facilitar a prestação jurisdicional e tornar mais célere o feito.

### **2.6.6 Participação do representante ministerial**

O Ministério Público deve agir como fiscal da lei quando não atuar como parte. Porém, o órgão ministerial que tiver participação político-partidária nos quatro anos anteriores ao pedido de impugnação não pode apresentar impugnação.

### **2.6.7 Suspensão de direitos políticos por improbidade administrativa**

Adriano Soares da Costa não considera a ação de impugnação de registro de candidatura o devido processo legal para a suspensão de direitos políticos por improbidade administrativa por limitar-se a ação eventualmente procedente (em caráter primordial) à decretação ou declaração de inelegibilidade (caminho impróprio para se atingir o *jus suffragii* do pré-candidato). Porém, se anterior ação popular houver decretado a suspensão de direitos políticos (a um só tempo perda temporária do *jus suffragii* e de uma condição de elegibilidade), pode a ação de impugnação de registro de candidatura ser exercida para a declaração de inelegibilidade decorrente da perda do *jus suffragii* (não há como se invocar a alínea 'g' porque nem sempre a ação popular procedente significa rejeição das contas, tal como exige o preceito - pode até ocorrer das contas já terem sido aprovadas, sem embargo do sucesso da ação popular; além disso, o suporte fático da alínea 'g' é preciso e específico, não admitindo elastério -) - LC 64/90 artigo 1º inciso I alínea 'h' -.

---

<sup>10</sup> Ocorre conexão quando houver identidade entre o pedido (objeto) ou a causa de pedir em dois ou mais processos. Estes devem ser reunidos em virtude da economia processual (dá-se maior eficiência à atividade processual) e para evitar decisões conflitantes (aplicação do princípio da segurança jurídica), já que a afinidade entre as ações conduz ao julgamento do mesmo tema mais de uma vez. Os processos não perdem a sua identidade própria porque a junção serve apenas para a facilitação da instrução e do julgamento.

### 2.6.7 Antecipação de tutela

Via de regra, não tem cabimento a antecipação de tutela em sede de ações tipicamente eleitorais pelos seguintes fundamentos:

- 1) As ações tipicamente eleitorais são impedidas de adiantar os seus efeitos mediante liminares ou antecipação de tutela pela proibição contida no artigo 216 do Código Eleitoral e no artigo 15 da Lei Complementar 64/90<sup>11</sup>. A inelegibilidade do candidato, com a consequente anulação da diplomação e registro, só pode ocorrer quando transitada em julgado a decisão judicial.;
- 2) É vedada a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Porém, Adriano Soares da Costa admite a antecipação de tutela em relação à ação de impugnação de registro de candidatura proposta pelo pré-candidato se a situação concreta puder retardar a imediata decisão sobre o deferimento do registro, trazendo prejuízo ao candidato, inclusive quanto à seriedade e viabilidade da sua candidatura.

---

<sup>11</sup> Efeito suspensivo dos recursos eleitorais

Via de regra, os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo - CE artigo 257 -. Porém, funcionam como exceções:

1) Artigo 216 do Código Eleitoral: Permite ao diplomado o exercício do seu mandato até que o Tribunal Superior Eleitoral decida o recurso interposto contra a diplomação. Como o recurso contra diplomação não possui natureza recursal, mas trata-se de uma verdadeira ação de impugnação de rito e cognição sumários (há de ter prova pré-constituída para ser oposta), Adriano Soares da Costa afirma não haver de se cogitar da devolutividade ou suspensividade do recurso contra diplomação. Da sua sentença de carga preponderante constitutiva negativa, cabem os seguintes recursos com efeito suspensivo:

a) Recurso especial ao Tribunal Superior Eleitoral em caso de eleição municipal - CE artigo 276 inciso I alínea 'a' -.

b) Recurso ordinário nos casos de eleição federal ou estadual - CE artigo 276 inciso II alínea 'a' -.

2) Artigo 15 da Lei Complementar 64/90: A decisão que declarar a inelegibilidade do candidato só tem efeito quando transitar em julgado. Sendo assim, essa norma estende o efeito suspensivo ao recurso extraordinário em matéria eleitoral porque apenas quando ele for julgado e também forem julgados os embargos de declaração cabíveis contra a decisão desse recurso é que transita em julgado a decisão na qual houve a decretação de inelegibilidade. Os recursos contra decisão procedente de ação de investigação judicial eleitoral têm efeito suspensivo. Adriano Soares da Costa afirma que o dispositivo concede efeito suspensivo aos recursos interpostos contra decisões procedentes, inclusive ao recurso extraordinário. Tal medida visa a assegurar toda a defesa possível a quem deseja ver-se candidato, inclusive evitando-se o uso de medidas cautelares para esse fim.

## 2.6.8 Julgamento antecipado da lide<sup>12</sup>

---

### <sup>12</sup> Julgamento antecipado da lide

O julgamento antecipado da lide consiste na dispensa da fase instrutória do processo, sendo a sentença proferida pelo juiz para decidir a lide antecipadamente definitiva (sentença que põe fim ao processo com julgamento do mérito), definindo o litígio. Cabe ao órgão judicial conhecer diretamente do pedido, ou seja, acolhê-lo ou rejeitá-lo por sentença, segundo a convicção que houver formado (e não apenas extinguir o processo) nos seguintes casos:

1) A questão de mérito for unicamente de direito: Inexiste dúvida sobre os fatos relevantes para a solução do litígio, mas há controvérsia sobre a questão de direito. A disputa versa sobre a aplicação do direito ao caso concreto, ou seja, o conflito de interesses incide sobre a interpretação ou alcance da norma (a divergência está no plano jurídico).

2) A questão for de direito e de fato, mas com prova toda documental: Existe dúvida sobre um ou alguns dos fatos relevantes, mas essa dúvida pode se dissipar pelo simples exame da prova documental constante dos autos ou mediante atividade instrutória que dispense a realização de audiência (princípio da celeridade processual). Os efeitos são idênticos aos da anterior desde que a solução prescindir de atividade instrutória que exigisse realização de audiência. Não há necessidade de produção de prova em audiência, desde que não haja questões de alta indagação a exigir atos instrutórios para o juiz formar seu convencimento. O processo oferece todas as condições para uma sentença condenatória à luz da prova documental produzida nos autos.

Também se julga antecipadamente a lide quando ocorrer revelia (efeito processual), exceto se:

1) Algum dos co-réus em litisconsórcio passivo oferecer contestação.

2) O litígio versar sobre direitos indisponíveis, já que o titular não pode deles se desfazer.

3) A petição inicial não estiver acompanhada de instrumento público que a lei considere indispensável à prova de ato jurídico afirmado pelo autor: Nenhuma outra prova (por mais especial que seja) supre a falta do instrumento público exigido como substância do ato.

4) Contestação oferecida pelo curador especial do revel citado por edital ou com hora certa.

5) Terceiro houver ingressado no processo como assistente do revel, sendo considerado seu gestor de negócios.

Em qualquer desses cinco casos, apesar da revelia, o juiz só pode apreciar desde logo o pedido se concorrerem os pressupostos do inciso I do artigo 330, cabendo-lhe, do contrário, marcar audiência preliminar ou proferir decisão declaratória de saneamento do processo. Mesmo que o réu tenha permanecido revel, exclui-se a possibilidade do julgamento antecipado da lide se o autor requerer ação declaratória incidental antes de o juiz sentenciar. Só volta a ser cabível se o réu permanecer revel.

Difere da sentença definitiva que o juiz pronuncia no final do processo de conhecimento porque:

1) Não é proferida em audiência de instrução e julgamento.

2) Limita-se aos casos expressamente previstos em lei.

3) A entrega da prestação jurisdicional realiza-se com base exclusiva em prova documental e ao final da fase postulatória.

Porém, na forma e nos efeitos, estruturação do conteúdo e eficácia, é autêntica sentença definitiva.

Deve conter relatório, fundamentação com análise das questões de fato e de direito e parte dispositiva em que o juiz resolverá as questões submetidas pelas partes. Tem a mesma força da sentença comum.

O juiz não pode decidir antecipadamente um ou alguns dos litígios e deixar os demais para a sentença a ser proferida ao final se formado processo cumulativo.

É cabível o julgamento conforme o estado de processo, caso em que o julgador deve observar se já há possibilidade de decidir a ação, tratando-se de matéria apenas de direito e sendo as provas protestadas irrelevantes - LC 64/90 artigo 15 -, prestigiando o princípio da economia processual.

### **2.6.9 Dilação probatória e contestação**

O impugnante deve especificar desde logo os meios de prova e pode arrolar até seis testemunhas (apesar da lei não exigir prova pré-constituída, prevalece na doutrina que a ação de impugnação de registro de candidatura, como demonstração do alegado, deve vir acompanhada de documento comprobatório da existência de inabilitação ou da indicação do lugar em que publicada a sanção) - LC 64/90 artigo 3º § 3º -. Além disso, o magistrado pode determinar a realização de diligências para aclarar dúvidas eventualmente existentes.

Joel José Cândido afirma que, apresentada a impugnação, partido e candidato devem ser notificados para apresentação de contestação em peça única num prazo de sete dias (traz a possibilidade de dilação probatória; podem ser juntos / juntados documentos, arroladas testemunhas e requerida produção de provas) - LC 64/90 artigo 4º -.

A contestação deve conter toda a matéria de defesa e especificar todas as provas que pretender produzir, podendo ser oferecida com juntada de documentos, indicação de até seis testemunhas e requerimento de outras provas.

Adriano Soares da Costa sustenta não incidirem os efeitos da revelia por ser a inelegibilidade matéria de ordem pública (as partes não podem dela dispor). Mesmo revel, o impugnado pode atuar posteriormente no processo (não para contestar - no sentido técnico - a pretensão do impugnante) para defender-se quanto às questões jurídicas do processo (que podem ser integralmente debatidas pelo demandado). Os efeitos da revelia respeitam apenas a irreversibilidade pelo réu da veracidade dos fatos alegados pelo autor, restando aberto o

---

Todos os litígios devem ser julgados numa única sentença porque não se pode suspender o curso do procedimento se houver apelação com efeito suspensivo para aguardar o seu julgamento. Nesse caso, entende-se cabível a interpretação de agravo para impedir a suspensão do processo cumulativo.

O julgamento antecipado do litígio é inspirado no princípio da economia processual. Porém, cumpre analisar que, suprimindo a audiência para julgamento da causa, suprime também os debates e as alegações finais. Por isso, tal dispositivo deve ser aplicado com prudência já que, na hierarquia dos princípios processuais, prepondera o devido processo legal sobre o da economia processual.

Por fim, cabe a tutela antecipatória em relação à parte incontroversa da demanda porque não há previsão do julgamento antecipado (todo cidadão tem direito a uma tutela tempestiva ou em tempo razoável e racional).

caminho para se debater sobre a norma incidente sobre os fatos reputados verdadeiros ou ainda sobre a existência de direitos subjetivos afirmados em face desses mesmos fatos (é preciso distinguir o que há de alegação / afirmação de ocorrência fática e, estribado nela, o que há de declaração de vontade / postulação feita pelo demandante).

Concluída a fase instrutória (não cabe tentativa de conciliação em virtude da indisponibilidade dos interesses debatidos; não havendo condições de julgar-se desde logo a ação, cabe ao juiz designar os quatro dias seguintes para inquirição de testemunhas do impugnante e do impugnado - LC 64/90 artigo 5º caput -, além de decidir sobre a necessidade de prova pericial), abre-se prazo comum para as partes apresentarem as suas alegações finais e para o Ministério Público emitir o seu parecer, com posterior decisão do órgão perante o qual se pleiteia o registro no prazo máximo de três dias após a conclusão dos autos.

#### **2.6.10 Sentença / Característica jurídica**

Para Adriano Soares da Costa, a sentença que acolher o registro tem efeito preponderantemente constitutivo do estado jurídico de candidato, além de mandamental para a realização do registro. Por seu turno, a declaração negativa do impugnado ao registro de candidatura faz coisa julgada, apanhando como efeito preclusivo da coisa julgada quer a declaração de inelegibilidade, quer a sua declaração (inelegibilidade cominada). Se a sentença for o título jurídico do qual surgir a inelegibilidade (cominada dependente de sentença), é nessa parte constitutiva (fazendo coisa julgada a declaração negativa). Apesar dos efeitos da coisa julgada se darem *inter partes*, seus efeitos (notadamente os constitutivos) prevalecem *erga omnes*, uma vez que tudo que se cria, se transforma ou se extingue, no mundo jurídico, ocorre frente a todos, como fato da vida mesma. Embora não seja efeito natural da sentença, mas consequência da inelegibilidade do pré-candidato, pode o partido político / coligação que houver o registro do candidato considerado inelegível, dar-lhe substituto, mesmo que a decisão passada em julgado tenha sido proferida após o termo final do prazo de registro.

Cabe recurso apenas do Ministério Público se os demais interessados não atacarem o pedido de registro de candidatura por via da ação de impugnação de registro de candidato. Portanto, o partido que não impugnar o candidato só tem legitimidade para recorrer da sentença que o deferir se abordar matéria constitucional - Tribunal Superior Eleitoral súmula 11 -.

A pretensão do requerente pode ser indeferida sob o fundamento de inelegibilidade do pré-candidato ou mesmo da ausência ou nulidade insanável de alguns dos documentos essenciais

acostados ao pedido. Adriano Soares da Costa considera tal decisão preponderantemente declaratória negativa do direito do pré-candidato ao registro de candidatura, com a declaratividade incidental da sua inelegibilidade.

A justiça eleitoral não julga o mérito do pleito no caso de inelegibilidade formal mas, em preliminar na análise do alvará, rejeita a viabilidade do remédio jurídico ajuizado pela ausência de regularidade formal (hipótese assemelhada ao indeferimento do pedido sem julgamento de mérito).

Adriano Soares da Costa entende que o pré-candidato pode apresentar validamente o documento omissos antes do julgamento já que, do contrário, o juiz eleitoral deve indeferir o pedido de registro de candidatura. A documentação exigida apenas tem por escopo espelhar a existência das condições da prova. O prazo fixado pela legislação ordinária para o julgamento de todos os pedidos de registro não é peremptório para a justiça eleitoral.

#### **2.6.11 Recurso**

Cabe recurso inominado a ser interposto num prazo de três dias contra a decisão (o prazo só começa a correr após a publicação da sentença por edital em cartório se o prazo de três dias não for cumprido) - CE artigo 265 -. Este recurso tem como característica a possibilidade de retratação do juiz (em sentido contrário, Adriano Soares da Costa entende pela sua impossibilidade) e, se isso ocorrer, a outra parte pode recorrer no mesmo prazo de três dias à instância superior - CE artigo 267 § 7º -.

Contra a decisão do tribunal regional eleitoral o recurso é denominado ordinário, sendo cabível mandado de segurança contra decisão originária do Tribunal Superior Eleitoral.

#### **2.6.12 Prazos**

Os prazos correm em cartório, independem de intimação, são peremptórios e contínuos (não se suspendem aos sábados, domingos e feriados).

A sentença entregue em cartório antes dos três dias disponibilizados para o juiz decidir e sem a intimação pessoal do interessado mantém o prazo para o recurso em três dias com início apenas ao seu termo final - Tribunal Superior Eleitoral súmula 10 -.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve a pretensão de fazer uma abordagem do registro de candidatura, passando por uma breve apresentação do conflito existente entre a denominada Teoria Clássica do Direito Eleitoral e a nova tese proposta por Adriano Soares da Costa.

O principal foco de divergência é a questão da inelegibilidade inata em contraposição à teoria genérica da elegibilidade como regra. Pela teoria clássica, todos os cidadãos são (em princípio) elegíveis e a inelegibilidade é tratada como uma espécie de sanção, enquanto a nova teoria proposta por Adriano Soares da Costa sustenta categoricamente que o fato jurídico do registro de candidatura deferido dá fim à inelegibilidade inata, tornando o requerente habilitado a disputar o pleito eleitoral.

Dessa forma, após a apresentação de ambas as teorias, buscou-se um posicionamento favorável a uma em detrimento da outra em cada tópico analisado, constatando-se ao fim que a nova tese se mostra mais robusta academicamente ao partir de premissas mais elaboradas e com argumentação mais consistentes.

Isso se dá porque, aparentemente, a teoria clássica peca pelos seus próprios preconceitos, ao deixar de dar o necessário tratamento acadêmico às ideias ao resolver de forma simplista os temas apreciados, sem conseguir explicar e solucionar as suas falhas estruturais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. [s.l.]: ed. Edipro, 2001.

CASTRO, José Nilo de. *A Defesa dos Prefeitos e Vereadores*. [s.l.]: ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Apontamentos de Direito Constitucional*. [s.l.]: ed. Damásio de Jesus, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Estudos de Direito Público*. [s.l.]: ed. São Paulo. Saraiva, 2000.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. [s.l.]: ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

COSTA, Antônio Tito. *Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores*. [s.l.]: ed. RT, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. [s.l.]: ed. Millennium, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal*. [s.l.]: ed. São Paulo. Malheiros, 2006.

MENDES, Antônio Carlos. *Introdução à Teoria das Inelegibilidades*. [s.l.]: ed. Malheiros, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. [s.l.]: ed. Atlas, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações volume I*. [s.l.]: ed. Bookseller, 2001.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos*. [s.l.]: ed. Edipro, 2000.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. [s.l.]: ed. Edipro, 2000.

ROLLO, Alberto, BRAGA, Enir. *Inelegibilidade à Luz da Jurisprudência*. [s.l.]: ed. Fiuza, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. [s.l.]: ed. São Paulo. Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. [s.l.]: ed. São Paulo. Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Cognição Judicial*. [s.l.]: ed. Bookseller, 2001.

## ELEIÇÕES DE 2018 : A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA SOBREPOSIÇÃO AO DIREITO ELEITORAL

### ELECTIONS OF 2018: THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND ITS OVERLOOKING THE ELECTORAL LAW

**Jeferson Moreira de Carvalho**

Doutor e Mestre em Direito do Estado (PUC/SP). Aperfeiçoado em Direito pela *École Nationale de la Magistrature* (Paris-França). Membro do Conselho e Professor na Escola Judiciária Eleitoral Paulista(EJEP). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

**RESUMO:** A dignidade da pessoa humana se apresenta no Estado brasileiro como um de seus fundamentos e o direito eleitoral, como meio de exercício da cidadania e, deste modo como fundamento da dignidade se sobrepõe do direito eleitoral. A transmissão de mensagem ilusória, que engana se traduz em comportamento que não considera a dignidade da pessoa humana. Ter tratamento digno não é só receber moradia, saúde e aposentadoria (o que não se recebe a contento), mas sim, também receber mensagens verdadeiras, com preocupação com o povo e a população. A relação entre dignidade da pessoa humana e direito eleitoral é inquebrantável; mas estando a dignidade em sobreposição. **Palavras -Chave:** Dignidade da pessoa humana. Direito Eleitoral. Ética. Superposição.

**ABSTRACT:** The dignity of the human person presents itself in Brazil as one of its foundations and the electoral right as a means of exercising citizenship; in this way as a foundation of dignity overlaps with electoral law. The transmission of an illusory, deceitful, unethical message translates into behavior that does not consider the dignity of the human person. To have a dignified treatment is not only to receive housing, health, retirement (what is not received to the satisfaction), but also to receive true messages, with concern for the people and the population. The relationship between human dignity and electoral law is unbreakable; but with dignity in overlap. **Keywords:** Dignity of the human person. Electoral Law. Ethic. Superposition.

## **ELEIÇÕES DE 2018 : A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA SOBREPOSIÇÃO AO DIREITO ELEITORAL**

**SUMÁRIO:** 1.Introdução. 2.Dignidade da Pessoa Humana. 2.1. Idéia que antecede a constituição. 2.2. Fundamentos da República. 3.Direito Político e Direito Eleitoral .3.1. Direito Político. 3.2.Direito Eleitoral. 3.2.1.Propaganda política/partidária/eleitoral. 3.2.2.1. Fake News. 4.As eleições de 2018 e a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral. 5. Relação da dignidade da Pessoa Humana com Direito Eleitoral. 6. Considerações finais. Referência Bibliográficas

### **1. INTRODUÇÃO.**

Dois temas sempre atuais e que se relacionam intimamente, porque tratam da pessoa humana, quanto ao seu contexto na vida social e estatal, são a dignidade da pessoa humana e o direito eleitoral.

A dignidade da pessoa humana tem por fim o respeito à qualquer pessoa quanto a sua condição de humano, que está neste mundo para viver bem e encontrar a felicidade, exigindo o respeito por parte do Estado e de toda a sociedade. De outro lado, o direito eleitoral possibilita a qualquer pessoa que, cumprindo os requisitos constitucionais, possa ter participação real na condução do Estado, em qualquer ente federado, ou mesmo com uma atividade mais simples, mas de importância suprema, através do exercício do direito do voto.

A relação do fundamento republicano da dignidade com a participação real por meio do direito eleitoral apresenta um liame que não pode ser rompido, o que nos leva a tecer os comentários que vão se seguir, com o fim de demonstrar que o direito eleitoral só é válido e justo se mirar no bem estar do ser humano, ou seja, se prestigiar a dignidade da pessoa humana, que é o elemento central da Constituição de um povo.

A Constituição Federal, desde o seu Preâmbulo, já impõe aos Poderes do Estado o respeito ao ser humano em território nacional, quando expressa que o Estado democrático é instituído destinado *a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social*. O que nos força concluir que o Estado brasileiro, foi instituído pela Constituição de 1988, chamada de cidadã por Ulisses Guimarães, para que o ser humano seja respeitado e assim possa viver no meio social, exercendo seus direitos plenamente.

O elemento subjetivo do todo Estado deve ser o *bem comum*, porque ao contrário não há justificativa política para a sua criação. Então, o respeito à pessoa física e a todos os seus direitos é conduta que se impõe aos Poderes e a toda a sociedade.

Não há como se afastar da idéia de que a dignidade da pessoa humana deve sempre ser prestigiada.

Para sustentar nosso pensamento, vamos iniciar com a idéia de dignidade da pessoa humana, que na verdade antecede qualquer constituição, na medida em que o ser humano nasce para ser feliz e, assim, pratica e quer ações na busca desta felicidade<sup>1</sup>, exigindo que sua vida tenha dignidade, o que somente será possível, quando as ações estatais e das instituições também são voltadas para atingi-la.

O constituinte originário não se esqueceu dessa idéia, tanto que no artigo inaugural expressa no inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Em seguida, entraremos no conceito de dignidade da pessoa humana, expresso de uma abstração enorme. Entretanto, relendo alguns estudiosos, vamos nos deparar com uma definição que nos satisfaça e que nos permita entender e posicionar a dignidade na vida estatal e social em que estamos inseridos.

---

<sup>1</sup> “Logo, a felicidade é algo final e auto-suficiente, e é o fim que visam as ações (Aristóteles – Ética a Nicômanos – Livro I)

Encontrado um bom conceito, passaremos aos Direitos Políticos, de onde se extrai o Direito Eleitoral, como previsto pela Constituição, inseridos no Capítulo IV do Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais; não ficando à margem o Capítulo V do mesmo Título, que traça as regras básicas dos Partidos Políticos.

Após, entraremos nas condutas eleitorais, de modo mais específico na propaganda eleitoral em ano pré-eleição e ano de eleição, nas quais os partidos políticos, os candidatos e seus filiados tentam de todas as maneiras ganhar a simpatia dos eleitores, para que isto se transforme em **votos**, mas quase sempre se esquecendo do eleitor como pessoa humana.

Ao final, se apresentará a relação, prevista na Constituição, entre a dignidade da pessoa humana e o direito eleitoral, e como devem agir os partidos políticos e políticos partidários para que tal relação seja prestigiada.

A conclusão será feita de forma a mostrar que a dignidade da pessoa humana deve se sobrepor ao direito eleitoral. Todavia, não é o que vem acontecendo em muitas situações, o que exige um preparo eleitoral dos partidos políticos e seus filiados, para que enxerguem o eleitor como uma pessoa com respeito e dignidade, ultrapassando o valor de um voto.

## **2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

Evidente que a idéia de dignidade da pessoa humana tem sua origem nos direitos inatos do homem, no direito natural, no direito transcendental. O respeito à dignidade, como exposto na Introdução, é a maneira para se alcançar a felicidade almejada, logo, a idéia de dispensar um tratamento digno, está presente no tempo desde sempre.

### **2.1. Idéia que antecede a Constituição.**

Aceitando que dignidade da pessoa humana acompanha o homem desde sua aparição no mundo em que vivemos, temos que nos socorrer dos ensinamentos de Miguel Reale, após alguns posicionamentos, no sentido de que:

“...o valor da pessoa humana passa a ser visto como o “valor fonte” de todos os valores sociais, e, por conseguinte, como fundamento essencial à ordem ética, em geral, e à ordem jurídica, em particular. Isso significa que não se pode alcançar o sentido essencial do Direito sem se levar em conta a natureza essencial do homem, segundo o clássico ensinamento de Cícero: “*natura juris ab hominis natura repetenda est*”, ou seja, que a natureza do Direito resulta da natureza mesma do homem.”<sup>2-3</sup>

Se a pessoa humana é o “valor fonte” de todos os valores e o sistema normativo, a partir da Constituição deve ter o homem como destinatário, não há como fugir do pensamento que as ações estatais e das instituições responsáveis pela concretização de direitos fundamentais, devem sempre praticar ações voltadas a este “valor fonte”, porque este antecede a constituição jurídica-política do Estado.

A dignidade da pessoa humana, fundada em um direito transcendental, não deve ser prestigiada porque está inserida na Constituição Federal, mas ser porque existe antes do Estado ser criado.

Respeitar a dignidade do outro é dispensar um tratamento justo, o que antecede, ao nosso pensar e a qualquer normatividade. Conforme ensina Kelsen, mesmo tecendo comentários importantes sobre a “tentativa de fundar o direito natural na natureza humana”, é possível perceber essa antecendência de forma racional.

“Direção proeminente dentro da teoria do direito natural, usualmente designada como “racionalista”, é aquela cujos representantes vêm a natureza do homem na sua razão e, consequentemente, procuram deduzir da razão as normas de um

---

<sup>2</sup> Direito Natural/Direito Positivo. São Paulo. Saraiva.1984. p.19

<sup>3</sup> “ Idem 2 – “Estabelecido, assim, o caráter universal do conceito de pessoa, deflui a consequência de que ele representa o fulcro e o princípio fundamental de toda ordem jurídica. Em verdade, se o Direito, tudo somado, deve ter como seu destinatário o homem – seja visto em sua individualidade, seja considerado como *socius* ou membro componente dos múltiplos círculos de interesse que compõem a convivência social – é claro que só haverá ordem jurídica ou política aberta, como é essencial a democracia, quando houver um sistema aberto e dinâmico de relações intersubjetivas, de tal modo que haja complementaridade e não conflito entre as pretensões individuais recíprocas, sem que o Estado ou quaisquer outras estruturas dominantes se situem num plano inacessível à livre críticas dos consociados.”

direito justo. Eles admitem que estas normas são imanentes à razão ou, o que vem a dar no mesmo, que a razão, como autoridade normativa, como legisladora, prescreve aos homens conduta recta, isto é, a conduta justa. Este direito natural surge assim como direito racional. O justo é o natural, porque é o racional.”<sup>4</sup>

Todo ser humano quer que as ações a ele dispensadas sejam corretas e justas, estejam prescritas ou não no sistema normativo. Desse modo, pela aceitação racional do direito natural, a dignidade da pessoa humana está inserida no raciocínio, porque dispensar tratamento racional de maneira reta e justa é prestigiar a dignidade que todo ser humano pretende ter.

Assim, com base no direito natural, temos que a dignidade da pessoa humana é um atributo presente em todas sociedades, por mais primitivas que sejam, e em toda organização estatal, desde os primórdios até o momento histórico em que vivemos.

A dignidade da pessoa humana não é uma criação da atualidade, sendo inerente a condição humana e, por isso, antecede qualquer sistema normativo.

## 2.2. Fundamento da República.

Conforme ensinamentos de José Afonso da Silva, *“Fundamento” é um termo tirado da Arquitetura, e significa aquilo sobre o qual repousa certa ordenação ou conjunto de conhecimento, aquilo que dá a alguma coisa sua existência ou sua razão de ser, aquilo que legitima a existência de alguma coisa.*<sup>5</sup>

Nesta linha, os fundamentos da República expressos no art. 1º da Constituição da República significam que o Estado brasileiro repousa, justifica sua existência e tem sua razão de ser, nas idéias acima expostas, dentre as quais, a ideologia da dignidade da pessoa humana, ratificando o já escrito em linhas anteriores, no sentido de que qualquer

---

<sup>4</sup> KELSEN, Hans- A Justiça e o Direito Natural. 2ª Ed. Coimbra/Portugal. Armênio Amado Editor. 1979. p.114.

<sup>5</sup> Comentários Contextual à Constituição. 3ª ed. Malheiros Editores. 2006. São Paulo. p.35.

ato estatal, de suas instituições e mesmo da sociedade civil tem que repousar suas bases na “dignidade da pessoa”, vendo a pessoa humana como “um ser em si mesmo”, e não um meio para atingir objetivos estranhos.

Os regimes totalitários que a humanidade experimentou e as atrocidades cometidas em nome das grandes guerras mundiais serviram de motivos para que constituintes de diversos países alçassem a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, e *a fundamentalidade dos direitos fundamentais, reflete a preocupação com a pessoa humana e sua dignidade, garantindo um mínimo de direitos determinados, zelando sempre pela diferença e identidade de uma comunidade.*<sup>6</sup>

Em nossa Constituição, a “dignidade da pessoa humana”, é um dos fundamentos da República, inserido como um dos direitos fundamentais a ser respeitado, o que ratifica a positivação do pensamento.

Mas, ainda que positivado, como já dito, conceituar a dignidade da pessoa humana é uma tarefa extremamente difícil, em razão do alto grau de abstração do conteúdo e por abarcar todos os segmentos da vida de cada pessoa. Assim, *abordar a universalização dos direitos humanos e dignidade humana é uma tarefa árdua ... ao longo da história da humanidade sabe-se que as pessoas não eram tratadas de forma igual no alcance do conceito do termo “dignidade”, ...*<sup>7</sup>

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. É referência unificadora de todos os direitos fundamentais.<sup>8</sup>

Como se vê, a posição do fundamento da dignidade da pessoa humana tem a vis *atractiva* sobre todos os princípios fundamentais e se impõe como uma referência que

---

<sup>6</sup> ALVES, Aline Cardin, BORCAT, Juliana Cristina- Judicialização dos Direitos Fundamentais *in* Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais (organizadores Mauricio Martins Reis e Marco Felix Jobim). Porto alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015. p.14.

<sup>7</sup> SANTOS, Ediana di Franco Matos da Silva- A dignidade da pessoa humana dos deficientes com transtorno do espectro do autismo: Ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro como efetivação dos direitos fundamentais sociais *in* Montesquieu, Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Dignidade da Pessoa Humana (organizador Jeferson Moreira de Carvalho). São Paulo, Moreira&Carvalho. 2017. p.64

<sup>8</sup> COCURUTTO, Ailton- Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social. 1ªed. São Paulo. Malheiros Editores. 2.010. p.20.

unifica. Desta forma, pode-se afirmar que os direitos fundamentais decorrem da dignidade da pessoa humana.

Há posições que nem todos os direitos catalogados com fundamentais estão tocados pela dignidade humana, mas bom observar os ensinamentos de André Ramos Tavares, depois de tratar deste pensamento que:

*“mesmo que não esteja expresso nos artigos da Constituição Federal brasileira o termo “dignidade da pessoa humana, sua idéia poderá ser compreendida como presente. Assim, e como ocorrência, em um segundo nível, de uma parcialidade do princípio da consubstancialidade, tem-se que, mesmo quando ocorrente a dignidade do Homem no significado de determinado direito fundamental, essa presença poderá ser mínima, atendendo-se à não absolutização desta (parcialidade).”<sup>9</sup>*

Extraí-se que, mesmo que se aceite que os direitos fundamentais não contenham obrigatoriamente algo de proteção ou prestígio a dignidade, há uma certeza que os direitos fundamentais decorrem da dignidade humana, tanto que *a dignidade da pessoa humana, como já adiantado, guarda uma maior ou menor relação com as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.*<sup>10</sup>

Enfim, em resumidas palavras, pode-se dizer que uma pessoa tem uma vida digna quando consegue exercer na plenitude os direitos fundamentais previstos pela Constituição. Espera-se, assim, que a sociedade enxergue e respeite esses direitos individuais e que o Estado aja sempre observando que a pessoa é o fim em si mesma.

---

<sup>9</sup> Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo. Saraiva. 2015. p.447

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang *et al* - Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo. Saraiva. 2016. p. 265 “ A dignidade da pessoa humana, nessa quadra, revela particular importância prática a partir da constatação de que ela( a dignidade da pessoa humana) é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição que também para uma paralela e conexa dimensão defensiva(negativa) ou prestacional(positiva) da dignidade. Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais(negativos) contra atos que violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade.

Nesse contexto, temos que relacionar a dignidade da pessoa humana com o Direito Eleitoral e entender a superposição da pessoa humana no sistema e, por conseguinte, ao Direito Eleitoral, que se apresenta como simples maneira da pessoa humana exercer seus direitos políticos.

### **3. DIREITOS POLÍTICOS E DIREITO ELEITORAL.**

#### **3.1. Direitos Políticos.**

Os “Direitos Políticos” estão previstos no Capítulo IV do Título II da Constituição Federal, que também trata dos “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Portanto, os direitos políticos são um direito fundamental, antecedido pelos “Princípios Fundamentais”, que tem a dignidade da pessoa humana prevista como um de seus fundamentos.

Tais direitos correspondem aos direitos para viver na *polis*, com participação ativa nos destinos da sociedade e do Estado. Devemos ter uma sociedade forte e soberana para que o Estado também seja forte e soberano.

Em explicação sintetizada, De Plácido e Silva mostra que Direito Políticos:

“subjetivamente considerado, geralmente designado no plural *direitos políticos*, é tido como a faculdade outorgada a todo cidadão de participar da administração pública, direta ou indiretamente, sendo eleito para os seus cargos eletivos ou de representação, ou do sufrágio, que escolhe os delegados ou representantes do povo.”<sup>11</sup>

A leitura do art. 14 e seguintes da Constituição Federal nos faz perceber que de fato a Norma Una trata os direitos políticos como o direito de cada cidadão, como soberano enquanto integrado no povo, de participar da administração pública do Estado, seja votando, seja recebendo voto.

---

<sup>11</sup> Vocabulário Jurídico. Forense. Rio de Janeiro. 1978.

Dentro dos direitos políticos, está a soberania popular, reconhecida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, que é o meio pelo qual o cidadão escolhe os membros para o exercício das funções constitucionais do Poder Legislativo e do Poder Executivo, através do plebiscito, do referendo e também pela iniciativa popular de apresentação de projetos de lei.

Consigne-se, ainda, que

“os direitos políticos integram os catálogos constitucionais de direitos há muito tempo, sendo, além disso, reconhecidos e protegidos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. ... Por outro lado, os direitos políticos dizem respeito, em primeira linha, ao processo político interno dos Estados, de tal sorte que esses possuem uma relativamente grande margem de ação no que diz respeito com a formatação, mediante o direito constitucional positivo e a legislação e jurisprudência nacional, de seu respectivo modelo democrático e do conteúdo e alcance dos respectivos direitos políticos.”<sup>12</sup>

Portanto, são direitos fundamentais, pois reconhecidos como direitos humanos e, assim, protegidos pela Constituição Federal. Como regra, são direitos que sofrem grande mutação, na medida em que a pessoa humana vai evoluindo seu modo de pensar e de viver no Estado. Como exemplos desta grande possibilidade de mutação, temos as mudanças na questão da participação feminina no direito de voto e a questão do direito ao voto daqueles com idade entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos de idade.

Para a concretização dos direitos políticos, há o desdobramento para o direito eleitoral, que apresenta os instrumentos legais para o exercício dos direitos, ou seja, é o Direito Eleitoral que contém a sistematização para que os Direitos Políticos sejam exercidos pelos cidadãos.

---

<sup>12</sup> Idem nota 10. P.696 e 697

### 3.2. Direito Eleitoral.

Podemos afirmar que direito eleitoral *é o ramo do Direito Público que trata de institutos relacionados com os direitos políticos e das eleições, como forma de escolha dos titulares de mandatos eletivos e das instituições do Estado.*<sup>13</sup>

Também que

“o Direito Eleitoral pertence ao direito público, daí que a todos interessa a justa solução dos conflitos surgidos por ocasião da vivência das suas regras. Basta lembrar que o Direito Eleitoral regula a *capacidade eleitoral ativa*, que se traduz no direito de votar, o mais importante exercício da cidadania, pois implica o poder que tem o alistado de influir na formação do governo.”<sup>14</sup>

Pode-se extrair destes ensinamentos, que o Direito Eleitoral está voltado a todos os cidadãos e de uma maneira especial ao exercício da capacidade eleitoral ativa, o que nos leva à idéia do relacionamento da dignidade da pessoa humana com o Direito Eleitoral, tanto em anos não eleitorais, como em anos de eleição.

#### 3.2.1. Partidos Políticos.

O fundamento do pluralismo político inserto no art.1º, inciso V, da Constituição Federal permite que haja dezenas de partidos políticos, situação que ao nosso pensar, não é ruim, porque permite a todas as “partes” da sociedade se organizem e criem partidos para o exercício da cidadania, conforme as infindáveis ideologias.

---

<sup>13</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos e VIGLIAR, José Marcelo Menezes – Código Eleitoral Interpretado. 2ªed. São Paulo. Atlas. 2011. p.1

<sup>14</sup> CASTRO, Edson Resende- Teoria e Prática do Direito Eleitoral.5ª ed. Belo Horizonte. Del Rey.. 2010. p.1

Qualquer cidadão encontra respaldo político em um dos partidos existentes, o que possibilita sua atuação concreta na vida política.

Lecionam Paulo Hamilton Siqueira Júnior e Marisa Amaro dos Reis que *o partido político é um instrumento de manifestação de idéias que devem circular para a realização da democracia. O partido é um dos veículos transmissores dos valores e anseios da sociedade a qual pertence.*<sup>15</sup>

Segundo Kelsen, citado por Paulo Bonavides,

“os partidos políticos são organizações que congregam homens da mesma opinião para afiançar-lhes verdadeira influência na realização dos negócios públicos, para em seguida expressar sua idéia no sentido que partido político é uma organização de pessoas que inspiradas por idéias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para realização dos fins propugnados.”<sup>16</sup>

Então, são organizações que congregam pessoas com mesma a ideologia política e que objetivam alcançar o poder estatal para impor essa ideologia ou, ao menos, ficar ao lado do partido que esteja no poder, como um meio de influenciar nas decisões políticas.

Para se chegar ao poder estatal ou mesmo para participar com o partido que está exercendo o poder, há necessidade constante de relacionamento sério e amistoso com o povo. Isso deve ser realizado por meio das propagandas partidárias e, nos anos eleitorais, pelas propagandas dos candidatos. E, é principalmente neste meio de comunicação que a ética e a dignidade da pessoa humana devem ser observadas, de modo a enxergar a pessoa como um ser que não é um simples produtor de voto.

---

<sup>15</sup> Partidos Políticos. IPAM. São Paulo. 2016. p.17. “ “Partido” traz a idéia de facção. Em toda a sociedade verifica-se a existência de grupos que se organizam para atingir os anseios de seus membros. A agremiação partidária é uma espécie de comunidade, que inicialmente defende os interesses de uma classe de pessoas. Com o surgimento dos parlamentos, seus membros se organizam buscando a realização de seus ideais. Os partidos políticos são indispensáveis para a democracia. Dessa forma, sua organização e funcionamento são regidos pelo Estado, constituindo-se parte integrante de sua estrutura. O trinômio Estado-Democracia-Partidos Políticos é indissociável.”

<sup>16</sup> Ciência Política. 22ª ed. São Paulo. Malheiros. 2015.p. 371/372

### 3.2.2. Propaganda política/partidária/eleitoral.

O vocábulo propaganda tem o sentido de difundir mensagem de caráter informativo e persuasivo, isto é, além de informar o destinatário sobre o conteúdo da mensagem, convencer ou induzir as pessoas quanto ao conteúdo da própria mensagem. Em outra oportunidade, já escrevemos que *a propaganda política difere dos demais tipos de propaganda, porque tem por objetivo interferir nas decisões tomadas pela organização política institucionalizada, atingindo todas as classes sociais, independentemente de nível cultural ou econômico. É regulamentada por legislação específica, e, em regra, é veiculada gratuitamente pelo rádio e pela televisão*<sup>17</sup>, acrescentando agora, que na atualidade também pelos meios de Internet.

Detalhando mais, temos o conceito de Paulo Hamilton Siqueira Junior e Marisa Amaro dos Reis, no sentido de que *a propaganda partidária e a intrapartidária de que trata a Lei nº 9.096/1995 são modalidades de propaganda política e diferem da propaganda eleitoral, cujo objetivo é a divulgação da candidatura de um indivíduo a um cargo eletivo, de um partido ou coligação, com finalidade de conquistar votos.*<sup>18</sup>

Para este trabalho, não importa distinguir a propaganda política da eleitoral, a propaganda partidária da intrapartidária em suas minúcias, porque a questão nuclear é superposição da dignidade da pessoa humana sobre o Direito Eleitoral *lato sensu*. Isto é, a propaganda emitida pelos partidos políticos e pelos candidatos, com o fim de convencer o eleitor quanto à ideologia partidária ou com o fim de angariar votos.

Como já mencionado, seja a propaganda emitida por partidos políticos, seja por candidatos, seja em ano de eleição ou não, este meio de comunicação tem que ser pautado pela ética.

---

<sup>17</sup> CARVALHO, Jeferson Moreira. Propaganda Eleitoral e Propaganda Partidária- Regras e Distinções. In Direito Eleitoral e Processual Eleitoral-Temas Fundamentais(organização Walter de Almeida Guilherme, Richard Pae Kim e Vladimir Oliveira da Silveira). São Paulo. Revista dos Tribunais..2013. p 251.

<sup>18</sup> Idem nota 15- p.91

O termo ética designa o caráter de cada pessoa, seu modo de ser, derivado da vida social... O mundo ético surge da realidade humana ou do denominado mundo da cultura, ou mais especificamente a ética surge do comportamento humano.<sup>19</sup>

Deste conceito, forçoso concluir que cabe aos partidos políticos, ao escolherem seus filiados e, principalmente, ao escolherem seus candidatos, buscar pessoas que tenham caráter, a fim de que as mensagens transmitidas aos eleitores estejam fundamentadas na moral e na justiça, sem que ocorram propagandas enganosas.

A propaganda fundada no Direito Eleitoral deve ser ética, no sentido largo da palavra. Como pensa Fábio Konder Comparato, deve ser aquela que *abrange o conjunto dos sistemas de dever-ser que formam, hoje, os campos distintos - , e na maioria das vezes contraditórios – da religião, da moral e do direito.*<sup>20</sup>

As pessoas atingidas pela propaganda, eleitores ou não, estão sempre subordinadas a preceitos de religião, de moral e de direito, o que impõe o respeito a cada um dos atingidos e um cuidado especial com a emissão das idéias.

A propaganda deve servir para que os partidos e os candidatos transmitam mensagens úteis e verdadeiras aos destinatários. Por isso, a ética deve prevalecer em cada transmissão, principalmente mantendo-se um claro discernimento do que é justo ou injusto e o que é verdadeiro ou falso. Já ensinou Aristóteles que *discernimento é a disposição da alma relacionada com o que é justo, nobilitante e bom para as pessoas.*<sup>21</sup>

Deve a propaganda ser boa para as pessoas, notadamente os eleitores, porque é a partir deste contato que será decido qual partido seguir e qual candidato escolher. Por isso, qualquer propaganda originária do Direito Eleitoral deve estar tomada de idéias éticas.

Em outra oportunidade, em contexto diverso, já afirmamos *que em primeira idéia, pode-se dizer que vida digna é aquela que se apresenta com decência; então cabe ao Estado, por meio do governo, calcar suas ações na procura de dar a população uma vida decente em todos os sentidos.*<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> SIQUEIRA Júnior, Paulo Hamilton. Teoria do Direito. 4ª ed. São Paulo. Saraiva..2017. p.348.

<sup>20</sup> ÉTICA – Companhia das Letras.São Paulo. 2006. p.18

<sup>21</sup> Ética a Nicômanos. .4ª ed. Brasília. Editora UNB. 2001. p.124

<sup>22</sup> Meio Ambiente e Sadia Qualidade de Vida. São Paulo IPAM/Letras Jurídicas..2013. p 20.

Transportando esta idéia para o presente trabalho, podemos afirmar *que vida digna em todos os sentidos* inclui também receber propaganda política decente, isto é, que se apresentem mensagens sérias, com planos possíveis de serem concretizados; com a preocupação no atendimento a toda a população e não apenas a determinadas facções ou grupos; bem como, que a mensagem não se ridicularize, não se banalize e que a verdade seja exposta.

Enfim, o eleitor merece respeito e, desta forma, como o centro do Texto Constitucional, a pessoa deve ser tratada pela propaganda política sob o fundamento da dignidade.

### **3.2.2.1. Fake News.**

Atualmente, estamos vivenciando, não só no Brasil, um grande aumento das chamadas “fake news”, que são as notícias falsas sobre determinado candidato, em regra lançadas ao público anonimamente ou até mesmo por outros candidatos, por partidos políticos e pela imprensa interessada, que acabam, inclusive, porventura atingindo o resultado das eleições.

Trata-se de uma conduta com total ausência de ética e que fere a dignidade da pessoa humana, pois tem o poder de prejudicar o candidato objeto da notícia falsa e também os eleitores, influenciados por uma mentira, que ofende sua liberdade de escolha.

Esse comportamento sem qualquer compromisso com a verdade, de fato, é uma realidade que atinge qualquer tema e ambiente, mas

“nos dias de hoje, no campo da política, existe uma verdadeira guerra travada entre dois lados oponentes, que defendem ferozmente seus próprios pontos de vista. Assim, encontrar uma “notícia” que sustente sua ideologia dá vazão imediata à incontrolável necessidade de compartilhamento. Pouco importa saber se a notícia é verdadeira ou falsa, desde que corrobore aquilo que este ou aquele grupo defende. ... A maior parte das

notícias falsas não nasce da imaginação fantasiosa de algum desocupado muito inventivo. É muito mais comum que tenham por trás de si um interesse, seja ele político, econômico ou ideológico.”<sup>23</sup>

Sobre o assunto o Ministro Luiz Fux, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral expressou em seu discurso de posse que: *Noticias falsas, as fake News, derretem candidaturas legítimas. Uma campanha limpa se faz com a divulgação de virtudes de um candidato sobre o outro, e não com a difusão de atributos negativos pessoais que atingem irresponsavelmente uma candidatura.*<sup>24</sup>

A preocupação com as notícias falsas é verdadeira e atual, afinal são mais de 140 milhões de cidadãos brasileiros, que exercendo a soberania, irão através voto livre e secreto escolher o destino da Nação para os próximos 4 (quatro) anos. Tal preocupação, certamente, foi um dos fundamentos do compromisso assumido por Raquel Dodge, Procuradora Geral Eleitoral, ao afirmar que: *Não é possível imaginar um processo eleitoral sem as implicações de um fenômeno como as redes sociais e o uso de notícias falsas. O desafio para essa Corte é grande, mas me sinto confortável para falar dessa atribuição específica, a de garantir a lisura da disputa. Parte desta tarefa cabe ao Ministério Público no exercício da função eleitoral.*<sup>25</sup>

As notícias falsas são plantadas na propaganda eleitoral, o que é inadmissível, pois segundo ensinamento de Alceu Penteado Navarro, que transcreve decisão do Tribunal Superior Eleitoral e *arremata por conseguinte, algum caminho(?) deve ser trilhado pelos pretendentes aos cargos em disputa, ainda que ele venha a sofrer seguidas correções de rumo. Em matéria de propaganda, para o candidato, a dúvida com imobilidade pode lhe ser prejudicial: a atuação deve ser constante e planejada(!),*

---

<sup>23</sup> SALLES, Tiago – O combate às fake News. Editorial da Revista Justiça&Cidadania. Edição 211. Março de 2018. Rio de Janeiro. Editora JC-.

<sup>24</sup> Revista Justiça&Cidadania. “Ficha suja está fora do jogo democrático” por Ada Caperuto. Edição 210. pág. 15 Fevereiro de 2018. Editora JC-Rio de Janeiro

<sup>25</sup> Idem 24 pág.13

*porém temperada pela prudência, que só poderá ser ditada pela comparação meticulosa com os casos precedentes.*<sup>26</sup>

Conclui-se, assim, que se a propaganda deve estar temperada pela prudência, evidente que a ética deve estar estampada em toda propaganda eleitoral, especialmente, no caso, para não se admitir que sejam lançadas falsas notícias, com dois fins: prejudicar um candidato e beneficiar outro.

#### **4. AS ELEIÇÕES DE 2018 E A RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

A Resolução nº 23.551 do Tribunal Superior Eleitoral dispõe sobre a propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral; portanto uma norma que tem por objetivo reger todo o comportamento no período de propaganda eleitoral que antecede as eleições.

O art.17, de forma precisa, expressa o tipo de propaganda que não será tolerada, respondendo o infrator pelas penas legais, e se for o caso, abuso de poder.

Leitura atenta dos incisos faz perceber que há prestígio à dignidade da pessoa humana, na medida em que se tenta proteger à pessoa de condutas que podem ferir a intimidade, a honra, a tranquilidade. Enfim, impedir condutas que atacam a dignidade da pessoa.

Vejamos.

O art.5º da Constituição Federal expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; isto é, não se tolera qualquer distinção, por isso o inciso I do mencionado art. 17 não admite propaganda que veicule preconceitos de origem, raça, sexo ,cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, lembrando também que um dos objetivos fundamentais da República é promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito, nos termos do art.3º,IV.

---

<sup>26</sup> Anotações sobre a Propaganda Política e as Condutas Vedadas aos Agentes Público. Rio de Janeiro.GZ Editora.. 2016. p.349.

O que se pretende é propaganda que tenha conteúdo programático verdadeiro e que não se desvie para configurar qualquer tipo de preconceito.

Não se tolera (II) propaganda de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social, isto porque é evidente que toda sociedade quer viver em clima de paz, em que a ordem política e social seja segura e tranquila. Qualquer propaganda, com este viés, causa desnorteio entre as pessoas, de modo que sociedade não está sendo protegida, ao contrário, influenciada para condutas de animosidade.

As Forças Armadas integrantes do Poder Executivo devem sempre ter convivência de harmonia entre elas, com as instituições dos outros Poderes e com todas as classes sociais, porque se as Forças entrarem em confronto de idéias certamente a sociedade civil entrará em desespero, não sabendo em que acreditar e no que esperar a cada dia; por isso não se tolera qualquer propaganda que possa causar esse desespero.

O Estado foi criado para organizar a sociedade com fim de que as pessoas possam viver com segurança e tranquilidade sobre todos os aspectos. A vida em sociedade é para que a pessoa humana atinja seus objetivos para a felicidade; assim, não há como admitir propaganda que incite atentado contra as pessoas e bens.

O Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, nos termos do art.1º da Constituição Federal, o que importa concluir que o próprio Estado e toda a população estão subordinados ao império da lei, de modo que não se pode tolerar propaganda que instigue à desobediência coletiva ao cumprimento da lei de ordem pública. Propaganda com este tema só servirá para gerar insegurança e conflito social.

Em uma sociedade heterogenia como a nossa, temos eleitores de pouquíssimos conhecimentos, analfabetos e alfabetizados, assim a propaganda eleitoral deve ser simples, clara, segura e induvidosa, de modo que o eleitor a receba e a compreenda na realidade, não deve haver a mínima possibilidade de confusão de algum impresso publicitário com moeda, que é um dos modos de movimentação de riqueza do sistema capitalista, como o Brasil também se apresenta.

Também, no mesmo art.17 está expresso que não se tolera propaganda que implique oferecimento, promessa ou solicitação de dinheiro, dádiva, rifa, sorteio ou vantagem de

qualquer natureza; que perturbe o sossego público, com algazarra ou abuso de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; que caluniar, difamar ou injuriar qualquer pessoa, bem como atingir órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública e que desrespeite os símbolos nacionais.

O que se interpreta do dispositivo da Resolução é que a dignidade de pessoa humana é prestigiada, na medida de que todas as condutas não toleradas, se praticadas atingem com intensidade os receptores, com a consequência de causar diversos males, que em última análise ferem a dignidade.

A Resolução vem tentar garantir que nestas eleições de 2018 a dignidade da pessoa humana se sobreponha a qualquer tipo de propaganda eleitoral.

## **5. RELAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM DIREITO ELEITORAL.**

Como já mencionado neste trabalho, o Direito Eleitoral está inserido na Constituição, dentro dos Direitos Políticos, cuidando dos modos e meios de participação do cidadão na vida estatal, seja exercendo o direito de voto, seja recebendo voto ou mesmo com uma participação *a latere*, mas sempre voltado ao bem estar da sociedade.

Assim, para o cidadão, o Direito Eleitoral tem que servir para que as pessoas que chegam ao exercício do Poder, o façam para atingir o bem-estar, o bem de todos, ou seja, o bem comum.

Os partidos políticos não são criações de ordem constitucional para um fim em si mesmo, ou para o benefício de seus filiados e simpatizantes. A criação dos partidos tem como fim possibilitar o exercício dos direitos políticos e atingir os objetivos fundamentais da República, como previsto no art. 3º da Constituição Federal.

Com esta idéia, a relação entre dignidade da pessoa humana e direito eleitoral é gritante; impossível não perceber.

Temos um Estado em que uma de suas bases é a dignidade da pessoa humana; isto é, toda pessoa tem o direito fundamental de receber dos Poderes, das instituições e da sociedade tratamento que seja pautado pela ética com o fim de alcançar o bem de todos. Ao lado, temos o Direito Eleitoral que deve prever e exigir que os envolvidos nesse processo pratiquem condutas, seja de propaganda ou não, voltadas a atingir o bem de todos. Portanto, condutas com ética, prestigiando a dignidade da pessoa humana, repito, como expresse, um dos pilares da República.

Estamos diante de uma relação inquebrantável.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

Vivemos em um país no qual o socialismo e o capitalismo se permeiam, porque em determinados momentos um transpassa o outro. A Constituição expressa os direitos sociais e impõe ao Estado o dever para com a população, mas também permite a livre iniciativa para o crescimento pessoal e econômico. Ao mesmo tempo, apresenta um sistema tributário que destrói as pessoas físicas e jurídicas. Neste contexto, temos as eleições de dois em dois anos.

A cada período eleitoral, candidatos se apresentam como os “salvadores da pátria”. Os que pretendem reeleição, informam tudo o que “fizeram” e justificam o que não foi realizado, na situação ruim do país, garantido que estamos em fase de crescimento, o que contraria a realidade, de um povo que sofre com inflação, perda de poder aquisitivo, falta de moradia, educação e saúde. Por sua vez, aqueles candidatos que surgem, pintam um quadro pior e prometem tudo, sabendo que não vão conseguir cumprir.

Temos um período de falsas propagandas, que invadem o país e influenciam grande parte do povo, em total desrespeito a dignidade da pessoa humana.

A legislação sobre propaganda chega a ser ridícula ao estabelecer metragem para placa publicitária, impedindo, por exemplo, que um candidato faça sua propaganda em imóvel de sua propriedade do tamanho que lhe aprouver, com o objetivo de afastar a influência

econômica. Contudo, não há muita preocupação quanto ao conteúdo das mensagens passadas aos eleitores.

As Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, em regra, repetem o que consta da lei, e por consequência não resolvem a questão primordial, que é exigir mensagem eleitoral com seriedade, com ética, voltada ao povo que deve sempre receber tratamento digno.

Diante do momento histórico em que vivemos, no qual, ainda que muito corruptos estejam sendo desmascarados, permanece a corrupção, ainda vemos uma propaganda eleitoral baseada em ataques de partido para partido, de candidato para candidato. Verdadeiras propostas de ação não irão surgir, mas somente propostas abstratas, sem conteúdo, ilusórias e enganadoras.

O que se pode concluir, é que a situação precisa mudar com urgência, e que os partidos políticos e os candidatos alterem o comportamento e dispensem ao povo e a população uma propaganda fundada na ética, em prestígio à dignidade da pessoa humana, que deve, sempre, se sobrepor ao direito eleitoral no sentido mais amplo possível.

O que se espera e acredita que nas eleições de 2018 os Partidos Políticos e os candidatos tenham a sensatez que apresentar propagando com conteúdo programático em caso de sucesso no pleito, e que abandonem de vez as mensagens mentirosas, enganadoras e principalmente as chamadas *fake news*.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

-ARISTÓTELES – Ética a Nicômanos. UNB

-ALVES, Aline Cardin *et all* – Judicialização dos Direitos Fundamentais, *in* Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais. Livraria do Advogado.

-BONAVIDES, Paulo- Ciência Política. Malheiros.

-CARVALHO, Jeferson Moreira de – Propaganda Eleitoral e Propaganda Partidária- Regras e Distinções, *in* Direito Eleitoral e Direito Processual Eleitoral. São Paulo, Revista dos Tribunais.

- Meio ambiente e sadia qualidade de vida. Letras Jurídicas/Instituto Paulista de Magistrados(IPAM).

-CASTRO,Edson Resende – Teoria e Prática de Direito Eleitoral. Belo Horizonte. Del Rey

-COCURUTTO, Ailton – Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social. São Paulo. Malheiros.

-COMPARATO, Fábio Konder- Ética. Companhia das Letras.

-KENSEN, Hans- A Justiça e o Direito Natural. Coimbra/Portugal. Armenio Amado Editor

-LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et all*- Código Eleitoral Interpretado. Atlas

-NAVARRO, Alceu Penteado- Anotações sobre a propaganda política e condutas vedadas aos agentes públicos. GZ Editora.

-REALE,Miguel- Direito Natural/Direito Público. São Paulo. Saraiva

-SALES, Tiago- O combate a fake news. Revista justiça & Cidadania. Editora JC

-SANTOS,Ediana di Franco Matos da Silva- A dignidade da pessoa humana dos deficientes com transtornos do espectro autônomo *in* Montesquieu, Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Dignidade da Pessoa Humana. Moreira& Carvalho.

-SARLET, Ingo Wolfgang- Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Saraiva

-SILVA, José Afonso da – Comentários Contextual à Constituição. São Paulo .Malheiros.

-SILVA, De Plácido e- Vocabulário Jurídico. Forense

-SIQUEIRA Jr. Paulo Hamilton *et all*- Partidos Políticos . São Paulo. Instituto Paulista de Magistrados(IPAM)

- Teoria do Direito. São Paulo. Saraiva

-TAVARES,André Ramos- Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Saraiva.

**COBRANÇA JUDICIAL DAS MULTAS ELEITORAIS: Legitimidade ativa e responsabilidade patrimonial na execução das multas**

**JUDICIAL COLLECTION OF ELECTORAL FINES: Active legitimacy and patrimonial responsibility in the fines collection**

**Leandro Aparecido Avansi**

Fiscal Tributário do município de Itápolis-SP e servidor cedido à Justiça Eleitoral há mais de nove anos. Bacharel em Direito pela Faculdade de Araraquara, do Instituto Educacional do Estado de São Paulo (IESP).

**RESUMO**

Este artigo é parte de um ensaio elaborado pelo autor que apresenta algumas especificidades no tocante à cobrança das multas eleitorais em comparação com a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com o procedimento de cumprimento de sentença e com a execução de título executivo extrajudicial por quantia certa. A análise da matéria faz-se à luz do direito eleitoral e direito processual civil, não excluídos outros ramos da ciência jurídica que sejam aplicáveis à espécie.

**Palavras-chave:** Multa eleitoral. Execução. Cumprimento de sentença. Cobrança.

**ABSTRACT**

This article is part of a essay elaborated by the author that introduces some specificities concerning to collection of the electoral fines comparing it with the collection of the Public Treasury's active debts, with the procedure of the execution of the judgment and with the execution of the extrajudicial title by right amount. The matter's analysis is made supported in the electoral law and the civil process law, not excluded others branches of the legal science which be applicable at the case.

**Keywords:** Electoral fine. Execution. Execution of the judgment. Collection.

## **COBRANÇA JUDICIAL DAS MULTAS ELEITORAIS: Legitimidade ativa e responsabilidade patrimonial na execução das multas**

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Legitimidade ativa para execução. 2.1 Legitimidade do Ministério Público para execução da multa no Código Eleitoral. 2.2 Argumentos contra a legitimidade do Ministério Público. 2.3 Legitimação dos Partidos Políticos para execução. 3 Responsabilidade patrimonial. 3.1 Responsabilidade solidária nas multas decorrentes de propaganda eleitoral irregular. 3.2 Responsabilidade das instâncias partidárias superiores. 3.3 Responsabilidade dos dirigentes partidários. 3.4 Redirecionamento da execução e desconsideração da personalidade jurídica. 4 Conclusão. REFERÊNCIAS

### **1 INTRODUÇÃO**

Conforme propõe o professor Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 195), os elementos necessários da execução podem ser de ordem subjetiva ou objetiva. Como elementos subjetivos, temos as partes (credor e devedor) e órgão judicial. A seu turno, como elementos objetivos, temos o título executivo (prova do direito líquido, certo e exigível) e os bens passíveis de execução (patrimônio que será objeto da execução).

Neste artigo, em relação à cobrança judicial da multa eleitoral, trataremos, a princípio, sobre um de seus elementos subjetivos, qual seja, a legitimação no polo ativo da execução. Após, passa-se a discorrer sobre um de seus elementos objetivos: os bens exequíveis pelas hipóteses legais de responsabilidade patrimonial.

### **2 LEGITIMIDADE ATIVA PARA EXECUÇÃO**

#### **2.1 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA EXECUÇÃO DA MULTA NO CÓDIGO ELEITORAL**

O problema da legitimidade para a cobrança judicial das multas eleitorais começa pela redação dos incisos III a V do art. 367 do Código Eleitoral. Façamos uma análise, um a um, destes dispositivos.

O inciso III diz que se o eleitor não satisfizer o pagamento no prazo de 30 (trinta) dias, será considerada *dívida líquida e certa*, para efeito de cobrança mediante executivo fiscal, a que for inscrita em livro próprio no Cartório Eleitoral.

Primeiro, o inciso diz que a falta de pagamento voluntário fará com que a *dívida seja líquida e certa*. Como, pelo Código, a cobrança segue o procedimento da execução

fiscal e esta pressupunha dívida líquida e certa (art. 2.º, Decreto-Lei n.º 960/1938), a lei quis lhe imprimir, sem deixar margem a dúvidas, estes *efeitos*.

Prosseguindo, diz que tal efeito possibilita sua cobrança *mediante executivo fiscal*. A lei não impõe a *ação* de execução fiscal para a cobrança, deixe-se muito claro, mas o *procedimento* da execução fiscal, seja por essa ação própria ou por outra.

Por fim, diz que a multa será *inscrita em livro próprio no Cartório Eleitoral*. Como é sabido, o título executivo da execução fiscal é a certidão da dívida ativa, cuja inscrição, ato de controle administrativo da legalidade (art. 2.º, §3.º, da Lei n.º 6.830/1980), é feita pela Procuradoria da Fazenda Nacional (art. 39, § 5.º, Lei n.º 4.320/1964). O Código Eleitoral, porém, não está a falar, repita-se, da *ação* para execução fiscal, mas sim do seu *procedimento*. Daí que para que se utilize o *procedimento semelhante ao da execução* que é necessária a inscrição no livro próprio do cartório - e não da ação de *execução fiscal propriamente dita*, que depende, esta sim, de inscrição específica na Dívida Ativa da União pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Tais conclusões se aplicam, igualmente, para as multas aplicadas pelos Tribunais (art. 367, § 1.º, Código Eleitoral).

A seu turno, o inciso IV diz que a cobrança judicial da dívida será feita por *ação executiva na forma prevista para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública*, correndo a ação perante os juízos eleitorais.

Como se vê, aqui fica mais claro que a ação prevista para cobrança das multas eleitorais, no Código, é uma; e a ação para a execução fiscal, é outra. O Código fala em *ação executiva*, não em "ação executiva fiscal" ou "execução fiscal". O objeto da ação é que é a execução. Fica mais patente a diferenciação quando diz que para essa ação de execução a sua forma, ou seja, o seu procedimento, será o mesmo para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, que era regida pelo Decreto-Lei n.º 960/1938 e hoje pela Lei n.º 6.830/1980.

O inciso V, por fim, diz que nas Capitais e nas comarcas onde houver mais de um *Promotor de Justiça*, a cobrança da dívida far-se-á por intermédio do que for *designado pelo Procurador Regional Eleitoral*.

Ora, é evidente que para a cobrança da multa eleitoral o Código erigiu, expressamente, o Ministério Público Eleitoral. O inciso V está em consonância com o antigo estatuto do Ministério Público da União, a Lei n.º 1.341/1951, que em seu art. 77 delegava as funções do Ministério Público Eleitoral, frente aos juízes eleitorais, aos promotores de justiça dos Estados, sendo que o § 1.º desse dispositivo dizia que onde houver mais de um promotor, funcionará o que for designado pelo Procurador Regional.

O que o Código Eleitoral fez foi apenas repetir o texto da Lei n.º 1.341/1951. Nas Capitais, que sempre possuíram vários promotores de justiça, e nas zonas eleitorais a que correspondesse um ou mais municípios com mais de uma Comarca, também sendo diversos os promotores, o legitimado para propor a ação de cobrança seria o designado pelo Procurador Regional. Quando não houvesse esse problema da existência de vários promotores, só haveria um mesmo para atuar perante os juízes eleitorais.

Hoje, o Ministério Público Eleitoral não é um órgão próprio; é uma função exercida pelo Ministério Público Federal, componente do Ministério Público da União (art. 128, I, "a", CF; art. 72, Lei Complementar n.º 75/1993). Tal qual a lei de antanho, o novel estatuto do Ministério Público da União determina que as funções federais do *Parquet*, frente aos juízos eleitorais, serão exercidas pelo "membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona." (art. 77 e 78, Lei Complementar n.º 75/1993).

Assim, a partir do Código Eleitoral, sempre foi - e diga-se, com destaque, *continua sendo* - o Ministério Público legitimado para a ação de cobrança das multas eleitorais.

## 2.2 ARGUMENTOS CONTRA A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em que pese a clareza da lei, encontra-se grande resistência na doutrina e na jurisprudência para que se sustente essa legitimação. Primeiro porque se confunde a *ação executiva* do Código, de competência do Ministério Público - MP, com a *ação de execução fiscal*, de competência da União, representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN, querendo-se, por isso, atribuir a esta última uma competência exclusiva.

Por tudo o que expusemos, essa razão não se sustenta. Só uma leitura descurada e carente de interpretação sistemática poderia excluir a legitimidade do Ministério Público e impor a cobrança pela Procuradoria da Fazenda, exclusivamente.

Segundo motivo dos que defendem a falta de legitimidade do Ministério Público seria as vedações feitas a esse órgão pela Constituição Federal. O art. 128, § 5.º, II, "b", da Carta Magna estabelece como vedação aos membros do MP a prática da advocacia. Mais adiante, o art. 129, IX, *in fine*, ao estabelecer suas funções, veda-lhe "a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas."

Em tese, estaria o Ministério Público, ao ajuizar ação executiva para cobrança das multas eleitorais, advogando e representando judicialmente a União, haja vista que o valor das multas ingressa ao Tesouro Nacional, havendo interesse, portanto, da Fazenda Pública.

No entanto, é necessário retomar qual a natureza jurídica das multas eleitorais e quais são as funções institucionais do Ministério Público.

A nosso ver, pelo menos na aplicação das multas eleitorais decorrentes de processos judiciais, a par de seu técnico caráter civil, há um evidente interesse de defesa da Administração Pública e dos direitos coletivos de cidadania. É para a lisura do pleito e no interesse das instituições democráticas que o legislador se vale da multa para coibir abusos dentro do processo eleitoral.

O que se vê aí é um verdadeiro interesse coletivo que, conforme art. 81, par. ún., II, do Código de Defesa do Consumidor, pode ser conceituado como os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

A natureza indivisível está em que a previsão da multa visa não só penalizar especificamente aquele que cometeu a infração, mas coibir e prevenir outros ilícitos por uma generalidade de pessoas, sendo que, ao final, seu valor será repartido entre as representações partidárias.

E o grupo titular desse direito público à legitimidade das eleições e instituições políticas é o próprio eleitorado e os próprios partidos políticos, ligados por uma relação jurídica de direito público subjetivo: os direitos políticos.

A Constituição Federal diz que ao Ministério Público é dado promover a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). Diz mais, que entre suas funções estão a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, bem como proteger o patrimônio público e social, bem como outros interesses coletivos (art. 129, II e III).

Por esses fundamentais motivos que o próprio Ministério Público é legitimado a propor ações e representações na Justiça Eleitoral visando à aplicação de multa. Paradoxalmente, se vê vedado, muitas vezes, em executar o objeto de tais lides.

O fato do valor da multa ingressar ao Tesouro Nacional e, portanto, haver um interesse também da Fazenda Pública, não deve ser óbice à execução promovida pelo *Parquet*. Na categoria de interesses da Administração Pública, sempre houve um interesse primário - o do bem comum -, e um interesse secundário - os direitos patrimoniais da Fazenda Pública. Fato é que tais interesses são muitas vezes indissociáveis, e que a defesa de um implica no de outro.

Daí haver vozes que sempre defenderam que o Ministério Público é legitimado para a defesa do patrimônio público, inclusive dos fazendários, porque além de autorizado pela Constituição (art. 129, III, CF), estaria a defender o interesse público primário. É como elucidam os professores Adriano e Landolfo Andrade e Cleber Masson, ao comentarem a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública (2013, p. 175-176):

A despeito de o *Parquet* possuir expressa determinação constitucional para tutelar o patrimônio público via ação civil pública, há entendimento minoritário de que lhe faltaria legitimidade para a defesa do erário, sob o argumento de que este não seria objeto de interesse difuso, mas apenas de interesse público secundário, com titular determinado – a respectiva Fazenda Pública –, e o MP, ao defendê-lo numa ACP, estaria representando judicialmente interesses da Fazenda Pública, o que lhe é vedado pela CF (parte final do inc. IX do art. 129). A maior parte da doutrina e da jurisprudência, porém, reconhece a legitimidade do MP, pois: a) a CF legitima essa instituição à propositura de ação civil pública em defesa do patrimônio público (art. 129, III, da CF); e b) ainda que o erário seja objeto do interesse público secundário da pessoa jurídica cujo patrimônio público ele integra (tal interesse não é difuso, pois tem titular determinado), a manutenção de sua integridade é objeto de interesse público primário, da coletividade, possuindo, portanto, natureza difusa. É o entendimento que esposamos.

Esse valor da multa eleitoral de tudo se assemelha com aqueles impostos pela a violação dos direitos difusos e coletivos na ação civil pública, tanto que ambos se destinam a fundo próprio com destinação vinculada (art. 13, Lei n.º 7.347/1985; arts. 38 e 44, Lei n.º 9.096/1995). Além disso, o dinheiro ao Fundo Partidário, que é apenas gerido pelo Tesouro Nacional, apenas transitoriamente ingressa aos cofres da União: são repassados os valores ao Tribunal Superior Eleitoral, que os distribui entre os partidos políticos (arts. 40 e 41, Lei n.º 9.096/1995).

No que se refere à multa imposta por condenação criminal, então, a discussão é maior ainda, porque: a) o Ministério Público sempre foi legitimado à cobrança das multas penais pela Lei de Execuções Penais - LEP (art. 164); b) o Código Penal, na redação atual do art. 51 dada pela Lei n.º 9.268/1996, não fala expressamente em execução fiscal, mas apenas em aplicação das "normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública", tampouco retirou, expressamente, a legitimidade do Ministério Público dada pela LEP; c) o dinheiro das multas condenatórias penais eleitorais também tem por destino um fundo especial: o Fundo Penitenciário Nacional (art. 49, Código Penal; art. 2.º, V, Lei Complementar n.º 79/1994).

Anote-se, também, que a Fazenda Nacional possui uma infinidade de créditos para cobrança além dos eleitorais, não dando conta, por si só, para promover tantas execuções, tampouco por suas Procuradorias Regionais. Não bastasse, o Ministério da Fazenda deixa até mesmo de inscrever certos créditos de "pequeno valor", a seu juízo (Portaria MF n.º 75/2012).

Sobre a situação, só tem a lamentar o professor GOMES (2016, p. 738):

Apegando-se à superfície e frieza dos números, parece ignorar os burocratas da PFN que as multas decorrentes de infração à legislação eleitoral não possuem natureza fiscal, mas, sim, sancionatória. Portanto, não se submetem à disciplina daqueles créditos, com eles compartilhando tão só o procedimento judicial de cobrança. São sanções impostas por descumprimento da legislação eleitoral e destinam-se ao Fundo Partidário e, pois, aos partidos políticos, nos termos do artigo 17, § 3º, da Lei Maior. Nenhuma relação apresenta com a arrecadação de recursos para as despesas correntes do Estado. O pior é que esse equivocado posicionamento carrega descrédito às decisões da Justiça Eleitoral, que a toda evidência se tornam inexequíveis. Melhor seria, então, que as execuções fossem promovidas pelo Ministério Público ou pela Advocacia da União.

Creemos que a única hipótese em que não caberia a cobrança pelo Ministério Público seria no caso de aplicação de multa eleitoral por decisão de cunho administrativo. Apesar do Código Eleitoral não a diferenciar no art. 367, faltaria na espécie título executivo hábil (arts. 515 e 784, CPC). O Código Eleitoral, *in casu*, não criou expressamente título executivo extrajudicial pela simples imposição da multa pela Justiça Eleitoral; aliás, "título executivo extrajudicial" era expressão desconhecida pelo Código de Processo Civil de 1939.

Nesses casos, a multa eleitoral, como crédito da União, deverá ser inscrita na Dívida Ativa e ser cobrada por execução fiscal baseada na respectiva Certidão da Dívida Ativa, nos moldes da Lei n.º 6.830/1980, pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Portanto, tem-se o Ministério Público como legitimado para promover o cumprimento de sentença ou o processo de execução (no caso das multas penais), juntamente com a União, representada pela Advocacia-Geral (cumprimento de sentença, em regra) ou pela Procuradoria da Fazenda Nacional (execução fiscal).

### 2.3 LEGITIMAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS PARA EXECUÇÃO

Ousamos dizer, ainda, que existiria um terceiro legitimado ativo para a cobrança judicial das multas eleitorais: o partido político. Se considerarmos que a estrutura do partido político é praticamente a mesma da associação civil e que a aplicação da multa decorre de um interesse coletivo, seria de se aplicar o microssistema da tutela coletiva estipulado pelo Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública. E, por esses diplomas legais, o partido político, na qualidade de associação, também estaria legitimado para a execução (art. 82, IV, CDC; art. 5.º, V, Lei n.º 7.347/1985).

Apesar de tecnicamente a associação e o partido político serem espécies de pessoas jurídicas distintas (art. 44, I e V, Código Civil), a única diferença está na sua forma de instituição, porquanto a constituição do partido depende, além do registro civil, o do estatuto no Tribunal Superior Eleitoral (art. 17, § 2.º, CF). Sobre a possibilidade, vejamos os comentários dos professores Adriano e Landolfo Andrade e Cleber Masson (op. cit., p. 216):

Há duas vertentes doutrinárias. A primeira entende que os partidos políticos são espécie do gênero associação, embora sua constituição legal não se dê com a inscrição dos estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídica, mas no Tribunal Superior Eleitoral (CF, art. 17, § 2.º; Lei 9.096/1995, art. 1.º). Logo, estariam legitimados para proporem ações civis públicas. Mais que isso: ao contrário das associações comuns, não estariam submetidos ao vínculo da pertinência temática, embora devam guardar vinculação entre a ação e seus fins institucionais. A outra defende que os partidos políticos, embora sejam dotados de personalidade jurídica de direito privado, não correspondem às associações de direito privado nos moldes desenhados pelo direito civil, e, ao contrário delas, que são voltadas a uma representação específica e social, estão destinados a exercer representação política e genérica. Por tal razão, eles não estariam legitimados.

Com a devida vênia ao posicionamento contrário, os partidos políticos não exercem representação essencialmente política e genérica, mas também cidadã e social. Ora, o art. 1.º da Lei n.º 9.096/1995 diz que o partido político, além de assegurar no interesse do regime democrático a autenticidade do sistema representativo, deve também defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal. E esta - a Constituição - também quer dar uma amplitude maior às funções do partido, já que lhe permite, *verbi gratia*, ingressar com mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX, "a", CF) e ações do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, VIII, CF).

Por fim, ainda que não se aceite esses argumentos, no caso da cobrança da multa eleitoral, o partido político estará atendendo indiretamente um interesse político, porque a multa reverterá para um fundo a ser distribuído para as várias agremiações, que tem uso vinculado justamente para fins políticos.

### 3 RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

#### 3.1 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NAS MULTAS DECORRENTES DE PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR

O art. 241 do Código Eleitoral traz um relevante dever de fiscalização aos partidos políticos frente aos seus militantes quando da realização da propaganda eleitoral.

De acordo com esse artigo, "toda propaganda eleitoral será realizada sob a responsabilidade dos partidos e por eles paga, imputando-lhes solidariedade nos excessos praticados pelos seus candidatos e adeptos".

A Lei n.º 12.891/2013 veio a completar e restringir o princípio, ao incluir um parágrafo único no indigitado dispositivo, que preconiza que "a solidariedade prevista neste artigo é restrita aos candidatos e aos respectivos partidos, não alcançando outros partidos, mesmo quando integrantes de uma mesma coligação".

Assim, é o partido político ao qual o candidato esteja filiado que responderá pela propaganda eleitoral irregular feita por este. Pela redação do parágrafo incluído, acreditamos que quando for o adepto ou terceiro a realizar a propaganda, o candidato somente poderá ser sancionado, e o partido responsabilizado em solidariedade, se aquele - o candidato - souber previamente da propaganda eleitoral antecipada (art. 36, § 3.º, Lei n.º 9.504/1997) ou, se notificado ou quando pelas circunstâncias ficar implícita sua ciência, não providenciar a remoção do ilícito em quarenta e oito horas (art. 40-B, par. ún., Lei n.º 9.504/1997). Como a solidariedade se dá entre partidos e candidatos, tão somente, não se imputará a mesma entre partido e o terceiro promovente.

A mesma Lei n.º 12.891/2013 incluiu o § 5.º no art. 6.º da Lei n.º 9.504/1997, que com maior clareza diz que "a responsabilidade pelo *pagamento de multas* decorrentes de propaganda eleitoral é solidária entre os candidatos e os respectivos partidos, não alcançando outros partidos mesmo quando integrantes de uma mesma coligação", onde destacamos.

Assim, a multa sempre poderá ser cobrada do partido político ao qual o candidato era filiado, porque no sistema da solidariedade passiva todos os devedores ficam obrigados à dívida toda (arts. 264 e 275, Código Civil).

Quando houver a coalizão de agremiações para a disputa nas urnas, ainda que para fins de representação política e processual constituam ser um único partido na época eleitoral, é só o partido do filiado que poderá ter a solidariedade imputada, com expressamente ditado na lei.

Como é cediço, a responsabilidade solidária não se presume: decorre da lei ou do contrato (art. 265, Código Civil). Assim, o fato da propaganda ter beneficiado mais de um candidato não torna o outro responsável solidário, porque é só no caso do art. 241 do

Código Eleitoral que há tal previsão. Aliás, não é outra a conclusão que se extrai do art. 11, § 8.º, II, da Lei n.º 9.504/1997, que diz que ficarão quites aqueles que pagarem a multa que lhes couber individualmente, excluindo-se qualquer modalidade de responsabilidade solidária, mesmo quando imposta concomitantemente com outros candidatos e em razão do mesmo fato.

Portanto, a imputação da multa é individual para cada praticante de ato ilícito, não havendo que se falar em solidariedade da multa aplicada a cada um dos candidatos pelo outro (TSE, Agr-AI n.º 233.195, de 16/06/2015, Rel. Min. Maria Thereza Rocha De Assis Moura, DJE de 15/09/2015, p. 67-69). Muito menos há aplicação automática de multa para o partido, mesmo que beneficiado, por ato irregular de candidato, se deste não participou (art. 96, § 11.º, Lei n.º 9.504/1997).

É importante colocar em panos limpos a questão da obrigação de pagar a multa e da solidariedade pelo mesmo pagamento, diferenciando obrigação de responsabilidade. A obrigação corresponde a um dever, e a responsabilidade, a uma sujeição. Mas, às vezes, poderá haver responsabilidade sem obrigação. Salutar é o escólio do mestre Theodoro Júnior (op. cit., p. 222):

A obrigação, como dívida, é objeto do direito material. A responsabilidade, como sujeição dos bens do devedor à sanção, que atua pela submissão à expropriação executiva, é uma noção absolutamente processual. No direito substancial, dívida e responsabilidade podem estar separadas, quando, por exemplo, uma pessoa assume a primeira e outra, a segunda, como nos casos de fiança ou de garantia real outorgada em favor de obrigação de terceiro. O fiador ou o garante não são devedores, mas respondem com seus bens pela dívida cuja garantia assumiram voluntariamente. No direito processual, vai-se mais longe e admite-se até a responsabilidade patrimonial de quem não é nem devedor nem responsável convencionalmente pelo cumprimento da obrigação. Há casos, assim, em que apenas o patrimônio ou determinados bens de uma pessoa ficam sujeitos a execução, sem que o respectivo dono sequer seja parte no processo (por exemplo: adquirente de objeto de sentença em ação real, de bem alienado em fraude de execução, sócio solidário etc.).

Portanto, quando o § 5.º do art. 6.º da Lei n.º 9.504/1997 fala que a *responsabilidade* no pagamento da multa eleitoral por propaganda eleitoral irregular é solidária entre partidos e candidatos, completada pela noção de que é ao grêmio a quem toca exercer a fiscalização da propaganda feita pelos candidatos, conforme art. 241 do Código Eleitoral, o partido político não precisa ter praticado qualquer ato ilícito para que surja a solidariedade. Essa decorre *ex vi legis*, desde que o candidato sim seja cabalmente condenado na multa pela prova de sua conduta maliciosa. Pela lei, ficam excluídos apenas os partidos que o candidato não é filiado, em se tratando de coligação.

Outrossim, como dissemos, a aplicação da multa se dá individualmente, de acordo com a prática infratora de cada pessoa. E para o partido, ainda que beneficiado, não haverá sanção se não houver praticado o ato.

Talvez um exemplo, ainda que complexo, sirva para esclarecer a questão. Imaginem-se os candidatos "X" e "Y", integrantes da chapa majoritária da coligação dos partidos "A", "B" e "C", sendo "X" filiado ao "A" e "Y" filiado ao "B".

Se "X" fazer propaganda eleitoral irregular para a chapa, "Y" só poderá ter multa aplicada se tiver promovido o ato em conluio com "X" ou tiver sido, pelo menos, conivente com a sua prática, quando tomou ciência de sua existência. Os partidos "A", "B" e "C", a seu turno, mesmo sendo beneficiados, só levarão a multa se tiverem praticado o ato.

Acontecendo isso, a Justiça Eleitoral poderia aplicar uma multa individual a todos, por exemplo, de R\$ 5.000,00, para cada um.

Para os candidatos, toca a *obrigação* e a *responsabilidade* de pagar cada um a sua multa. Não há outra responsabilidade, muito menos solidária, entre "X" e "Y", ou destes pelos partidos da coligação, de maneira que o patrimônio destes só responderá pela própria multa.

Para os partidos, porém, o quadro é diverso. Tal qual aos candidatos, lhes caberá a *obrigação* e a *responsabilidade* pelo pagamento de sua própria multa. Para os partidos "A" e "B", porém, haverá uma *segunda responsabilidade*: a solidariedade pelo pagamento das multas de seus respectivos filiados. Assim, além de sua própria multa, de R\$ 5.000,00, "A" poderá ser cobrado por mais R\$ 5.000,00 pela multa de "X" (totalizando R\$ 10.000,00), se este não vier a cumprir voluntariamente a obrigação, porquanto não caberá alegar benefício de ordem (ou seja, para que seja executado "X" em primeiro lugar). O mesmo se diga de "B" em relação ao seu filiado "Y".

Mas fica restrita aí a responsabilidade de "A" e "B". "A" não terá responsabilidade perante a multa de "B" e "C", e nem entres estes ela surgirá, tampouco destes perante a multa de "A". Nem se diga que haverá responsabilidade da multa de "X", filiado ao "A", pelo partido "B" ou "C", nem da multa de "Y", filiado ao "B", pelo partido "A" ou "C". O partido "C", aliás, é que ficará numa condição igual ao dos candidatos: arcará com a obrigação e responsabilidade de sua própria multa.

Por fim, é importantíssimo ainda um último esclarecimento: para que essa responsabilidade surja, será absolutamente necessário que o partido tenha ingressado o polo passivo da ação de condenação. Ainda que não tenha praticado o ato, seu interesse e legitimidade para a ação decorrerá da própria lei que lhe relega a responsabilidade solidária. Se não for assim, não haverá título executivo judicial para que se realizem atos constritivos ao órgão partidário, uma vez que é só entre as partes que a sentença faz coisa julgada, não prejudicando terceiros (art. 506, CPC). A regra vem expressa no mais novo estatuto processual civil (art. 513, § 5.º, CPC).

Não se trata de um litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo. Conforme lembra o professor Humberto Theodor Júnior (ibid., p. 97-98), trazendo a baila precedente do Superior Tribunal de Justiça - STJ - na matéria (REsp 1.423.083, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, de 06/05/2014, DJE de 13/05/2014):

O art. 275 do Código Civil que prevê a solidariedade passiva é norma de direito material, restringindo-se sua aplicação ao momento de

formação do processo cognitivo, quando então o credor pode incluir no polo passivo da demanda todos, alguns ou um específico devedor; sendo certo que a sentença somente terá eficácia em relação aos demandados, não alcançando aqueles que não participaram da relação jurídica processual.

### 3.2 RESPONSABILIDADE DAS INSTÂNCIAS PARTIDÁRIAS SUPERIORES

A Constituição Federal de 1988, com vistas a tornar sólido seu fundamento do pluralismo político (art. 1.º, V, CF), garantiu aos cidadãos a livre possibilidade de criação de partidos políticos, resguardados, sempre, a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 17, CF).

Ao lado da instituição desse importante direito político, a Norma Fundamental impôs alguns preceitos que obrigatoriamente todas as siglas ideológico-partidárias devem obedecer, entre os quais está o caráter nacional (art. 17, I, CF).

Esse caráter nacional implica em duas consequências: a primeira é que é vedada a criação de partido político regional, estadual, distrital ou municipal. Em outras palavras, não poderá a agremiação ser exclusiva para um determinado ente federado. A segunda é que para a criação do partido o seu apoio terá de ser a nível nacional, e não apenas de parcela regionalizada. Para isso, a Lei n.º 9.096/1995, ao regular o preceito constitucional em seu art. 7.º, § 1.º, estabelece um rigoroso critério de verificação de apoio generalizado para fundação de uma nova corrente ideológica institucionalizada.

O que não se pode confundir, porém, é o caráter nacional do partido com a possibilidade de criação de órgãos de direção partidária independentes. É pressuposto do partido a aquisição prévia de personalidade jurídica, mediante registro de ata no Registro Civil de Pessoas Jurídicas competente, e posterior registro do estatuto perante o Tribunal Superior Eleitoral, demonstrado o caráter nacional (art. 17, § 2.º, CF). Após a sua constituição, o órgão será livre para se dividir internamente e, além de seu órgão nacional, poderá criar diretórios ou comissões regionais, municipais ou zonais com autonomia administrativa, inclusive para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, observadas as normas de disciplina e fidelidade partidária estipuladas no estatuto (art. 17, § 1.º, CF).

Esses órgãos são divisões administrativas com relevante independência dentro de seu âmbito, não dependendo de aval dos órgãos superiores para atuar, só respondendo a estes, via de regra, por infração ao estatuto (art. 7.º, Lei n.º 9.504/1997). Porém, não são órgãos com personalidade jurídica distinta do partido político originalmente registrado; prescindem de outra inscrição no Registro Civil. Tão somente serão anotadas as direções no Tribunal Regional Eleitoral respectivo (art. 10, par. ún., II, Lei n.º 9.096/1996).

Ao observar esse regime de autonomia e liberdade para divisão interna e instituição de órgãos administrativos em diferentes níveis pelo partido, o legislador incluiu na Lei n.º 9.096/1995 o art. 15-A, por intermédio da Lei n.º 11.694/2008, que posteriormente foi alterado pela Lei n.º 12.034/2009.

Segundo tal artigo legal, "a responsabilidade, inclusive civil e trabalhista, cabe exclusivamente ao órgão partidário municipal, estadual ou nacional que tiver dado causa ao não cumprimento da obrigação, à violação de direito, a dano a outrem ou a qualquer ato ilícito, excluída a solidariedade de outros órgãos de direção partidária."

Pela redação do dispositivo, portanto, aplicada a multa eleitoral para determinada instância partidária, as demais ficarão sem qualquer responsabilidade frente à dívida.

A nosso ver, porém, a opção do legislador não foi mesmo a melhor, porque destoa do conceito de personalidade jurídica. Esta é a capacidade de assumir direitos e obrigações na ordem civil. Quando o partido resolve se subdividir, não cria "novas pessoas": são todas divisões de uma só personalidade. Daí que não seria possível, por exemplo, a aquisição de determinado bem pelo órgão partidário municipal ficar excluída do patrimônio total do partido como unidade nacional, porque ao adquiri-lo a sua capacidade para tal advém da personalidade próprio registro civil que foi pressuposto para sua constituição (art. 17, § 2.º, CF), e não de sua divisão interna.

Importante notar que o fato da Receita Federal do Brasil atribuir inscrições diferentes aos diferentes órgãos nivelados do partido (art. 4.º, § 7.º, IN RFB n.º 1.634/2016) não cria personalidade jurídica: esta decorre do registro civil, inclusive para as agremiações partidárias (art. 45, Código Civil).

Por outro lado, poderia se cogitar de que os dirigentes dos órgãos partidários estaduais ou municipais, então, teriam de assumir as obrigações para o partido, ante tal disposição da Lei n.º 9.096/1995, porque estas nunca vinculariam o partido de forma geral quando descumpridas. Seriam os dirigentes uma "sociedade de fato", respondendo pessoalmente quanto os bens adquiridos superassem as dívidas (art. 988 e 990, Código Civil).

Mas é bom de ver que a Lei n.º 9.096/1995 regula em outro lugar a responsabilidade dos dirigentes: estes só responderão "verificada irregularidade grave e insanável resultante de conduta dolosa que importe enriquecimento ilícito e lesão ao patrimônio do partido" (art. 37, § 13).

Como, então, cumprir o disposto no art. 15-A da Lei n.º 9.096/1995, se o patrimônio do partido político é, na verdade, um só? Como ficaria a penhora de bens, numa eventual execução forçada?

Creemos que a única forma de resolver o problema seja pela destinação do patrimônio. O patrimônio do partido, embora um só, poderá ficar sendo gerido e administrado por órgãos de distintos níveis de direção. Haverá de se ter o ônus de comprovar quais bens estão sob a administração de determinada esfera partidária.

No caso de dinheiro em espécie, todos os órgãos do partido, nas suas várias esferas de direção, são obrigados a recebê-lo por conta bancária específica, de forma identificada (art. 39, § 3.º, Lei n.º 9.096/1995; art. 6.º, Resolução TSE n.º 23.546/2017). Estamos pressupondo, é claro, que a aquisição dos valores siga as observâncias legais, o que nem sempre ocorre. Talvez nesses casos sim acabe ocorrendo a responsabilização dos dirigentes, por ato irregular, desde que comprovado.

Dificuldade maior surgirá quando se tratarem de bens sujeitos a registro, como imóveis ou veículos. Deverá ser demonstrado o que estavam sob uso e supervisão do órgão respectivo, alvo de execução por quantia certa. A contabilidade do partido político, realizada à Justiça Eleitoral (art. 17, III, CF; art. 32, Lei n.º 9.096/1996), poderá revelar ativos permanentes declarados pela direção determinada, bem como a utilização do número de inscrição atribuído pela Receita Federal para o registro dos bens.

Portanto, quando aplicada multa eleitoral a um determinado partido, isso se fará atribuindo a responsabilidade pela prática de infração a um determinado órgão de direção. Sob o patrimônio gerido por esse órgão é que recaíra a responsabilidade, não aos bens geridos pelas outras instâncias. Deve ser esse o sentido da lei. Aliás, o Código de Processo Civil dá a entender que esse é o contorno que deve ser dado à disposição da Lei n.º 9.096/1996, ao dispor que no caso de "penhora *on-line*", tal somente poderá ocorrer nos ativos financeiros em que constar nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano (art. 854, § 9.º, CPC).

### 3.3 RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES PARTIDÁRIOS

A Lei n.º 13.165/2015 deu novos contornos a responsabilidade dos dirigentes dos órgãos partidários, ao modificar os arts. 34 e 37 da Lei n.º 9.096/1995. Antes da alteração, os membros do partido designados respondiam civilmente por qualquer irregularidade financeira (art. 34, II, da Lei n.º 9.096/1995).

O novel diploma, além de revogar essa disposição, incluiu o § 13 no art. 37 da lei alterada, restringindo muito tal responsabilidade. De acordo com o novo dispositivo, "a responsabilização pessoal civil e criminal dos dirigentes partidários decorrente da desaprovação das contas partidárias e de atos ilícitos atribuídos ao partido político somente ocorrerá se verificada irregularidade grave e insanável resultante de conduta dolosa que importe enriquecimento ilícito e lesão ao patrimônio do partido."

É bom frisar que estas disposições estão no título que cuida das finanças e contabilidade dos Partidos (Título III, Lei n.º 9.096/1995).

Todavia, além do caso da desaprovação das contas apresentadas à Justiça Eleitoral, a lei ressalva que a responsabilização se dá quando forem atribuídos *atos ilícitos* ao partido, o que pode muito bem ensejar a imposição de multa por infração à lei eleitoral.

Assim, para configurar a responsabilidade dos dirigentes, é necessário: a) ser atribuída ao partido *prática de ato ilícito*, o que não se verifica no caso de atribuição de mera responsabilidade da agremiação (*ad instar* do que ocorre no caso do art. 241 do Código Eleitoral); b) *conduta dolosa* dos dirigentes, não se aplicando, portanto, a tradicional culpa *lato sensu* do direito civil, ficando excluídas, portanto, as condutas meramente negligentes ou imprudentes; c) *irregularidade grave*, ou seja, aquela que implique em real e considerável prejuízo ao órgão partidário; d) *irregularidade insanável*, considerada esta aquela que não admita mais emenda ou correção - o que deve ser visto *cum grano salis*, porque se levado ao extremo o conceito de impossibilidade de saneamento, pode-se chegar a um resultado de não responsabilização dos dirigentes; e) *enriquecimento ilícito*, o que importa num acréscimo no patrimônio dos dirigentes, sem

justa causa, e; f) *lesão ao patrimônio do partido*, o que importa um decréscimo nos bens da agremiação.

A lei foi pontual e quis evitar ao máximo que os dirigentes se responsabilizem por atos ilegais da pessoa jurídica do partido, exceto quando agirem intencionalmente e com gravidade, se apropriando indevidamente de bens do órgão. No mais, se aplica a regra geral de que "os bens dos sócios não devem responder pelas dívidas da sociedade, a não ser naqueles casos expressamente previstos em lei" (ibid., p. 226). Há distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e de seus associados, pessoas naturais.

A situação, pois, adentra na possibilidade de afastar-se a personalidade jurídica do partido quando o dirigente estiver abusando desta por desvio de finalidade ou, ainda, valendo-se do patrimônio da agremiação e de seu próprio para causar confusão (art. 50, Código Civil), observados os rigorosos pressupostos da lei.

### 3.4 REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Expediente muito utilizado pela Fazenda Pública para cobrança judicial da dívida ativa tributária, e admitido pela jurisprudência é o redirecionamento da execução da pessoa jurídica contribuinte para os seus sócios ou dirigentes responsáveis. Esse redirecionamento tem razão pela infração da lei, contrato ou estatuto e que, segundo a legislação tributária, enseja a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes (art. 135, III, CTN).

Assim, basta a Fazenda Pública alegar e provar tal alegação, ou pelo menos demonstrar fortes indícios, para que o polo passivo da execução forçada se altere, ensejando a citação dos novos devedores para pagar a quantia e, querendo, se opor à execução.

O sistema é criticado porque, nesses casos, faltaria título executivo para excussão dos bens dos sócios, que sequer figurariam na Certidão da Dívida Ativa. Além disso, conforme explicita o professor Humberto Theodoro Júnior (ibid., 2016, p. 208):

A orientação jurisprudencial não merece aplausos porque desnatura o processo executivo, permitindo sua movimentação sem prévio accertamento da obrigação do executado e atribui o ônus da prova, nos embargos, ao demandado (a Fazenda) e não ao autor (o embargante). Disso resulta um enorme tumulto na base do instituto processual da execução forçada, que acaba se transformando num verdadeiro palco de accertamento de obrigações e responsabilidades, que, até o ajuizamento da causa, e até mesmo após a penhora, ainda permaneciam obscuras, imprecisas e controvertidas.

Seja como for, tal expediente jamais deverá ser permitido na execução das multas eleitorais. É que a multa eleitoral não tem qualquer caráter tributário, não se identificando como obrigação principal ou acessória, conforme determinado na legislação de regência (art. 113, CTN).

Mas, se por um lado, não será possível o redirecionamento da execução aos sócios ou gerentes nas hipóteses da legislação tributária, perfeitamente cabível será a possibilidade de se desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica quando houver

abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, atraindo a responsabilidade daqueles para fazê-los responder com seus bens particulares.

Tal previsão é expressa, contida no art. 50 do Código Civil e, agora, com o novo Código de Processo Civil, ganha nova carga de efetividade, pois este regulou o procedimento (arts. 133 a 137, CPC) e o admitiu, de forma explícita, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Acatando esse entendimento, o Tribunal Superior Eleitoral já sumulou a matéria em seu verbete de n.º 63, *ipsis litteris*: "a execução fiscal de multa eleitoral só pode atingir os sócios se preenchidos os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 do Código Civil, tendo em vista a natureza não tributária da dívida, observados, ainda, o contraditório e a ampla defesa."

#### 4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, ao que se refere ao polo ativo, para nós são legitimados para execução da multa eleitoral: o Ministério Público Eleitoral, a União (representada pela Advocacia-Geral da União ou pela Procuradoria da Fazenda Nacional) e os partidos políticos (por aplicação do microssistema da ação civil pública). A legitimação do Ministério Público advém do próprio Código Eleitoral; a da União em decorrência do interesse na cobrança judicial da dívida ativa e dos partidos políticos ante o interesse metaindividual na arrecadação da multa para o Fundo Partidário.

No que toca a responsabilidade patrimonial, os partidos políticos são solidariamente responsáveis pelo pagamento das multas impostas aos seus candidatos filiados por propaganda eleitoral ilegal, inexistindo tal responsabilidade entre as demais agremiações componentes de uma mesma coligação. Tal decorre do dever atribuído aos partidos para fiscalizar a propaganda de campanha promovida pelos seus correligionários.

Também se conclui que, apesar de cada partido político deter uma única personalidade jurídica, haverá divisão de responsabilidade pelos seus órgãos nos diferentes níveis de direção.

Relativamente aos dirigentes partidários, seus bens somente ficarão sujeitos à execução quanto aos atos ilícitos atribuídos ao partido político se verificada irregularidade grave e insanável resultante de conduta dolosa que importe enriquecimento ilícito e lesão ao patrimônio do grêmio.

Por fim, por não ter a multa eleitoral qualquer caráter tributário, não é possível o redirecionamento da execução para excussão dos bens dos diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas nas hipóteses previstas no Código Tributário Nacional. Aplicável será, no entanto, a desconsideração da personalidade jurídica prevista no Código Civil.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. 3. ed. rev., atual. e ampl.: MÉTODO, 2013.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - vol. III*. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

## **O PODER DA FÉ: EXISTE ABUSO DE PODER RELIGIOSO NAS ELEIÇÕES?**

### **THE POWER OF FAITH: IS THERE ABUSE OF RELIGIOUS POWER IN THE ELECTIONS?**

**Lutemberg de Souza Silva**

Bacharel em Ciências Políticas e Sociais – FESPSP, Mestre em Ciências da Comunicação – ECA-USP, Bacharelado em Direito – Uninove, servidor do TRE-SP.

#### **Resumo**

Existe abuso de poder religioso nas eleições? O objetivo deste artigo é procurar e indicar caminhos para responder a essa pergunta. O estudo, que utiliza o método dedutivo, é desenvolvido por meio da análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência, especificamente as decisões do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP), relativas a reclamações referentes às eleições de 2016 que envolvem o abuso de poder religioso. Percebe-se que a inexistência da figura do abuso de poder religioso na legislação eleitoral e na doutrina, dificulta a formação de jurisprudência a respeito, podendo condutas de líderes religiosos que provoquem desequilíbrio nas eleições serem enquadradas nas descrições legais acerca do abuso de poder econômico e abuso ou uso indevido dos meios de comunicação social. Palavras-chave: abuso, poder religioso, poder econômico, eleições.

#### **Abstract**

Is there an abuse of religious power in elections? The purpose of this article is to look for and indicate ways to answer this question. The study, which uses the deductive method, is developed through the analysis of legislation, doctrine and jurisprudence, specifically the decisions of the Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP), concerning complaints regarding the 2016 elections involving the abuse of religious power. It can be seen that the absence of the abuse of religious power in electoral legislation and doctrine hinders the formation of jurisprudence in this respect, and the conduct of religious leaders who provoke imbalance in the elections can be framed in legal descriptions about the abuse of economic power and abuse or misuse of the media. Keywords: abuse, religious power, economic power, elections.

## **O PODER DA FÉ: EXISTE ABUSO DE PODER RELIGIOSO NAS ELEIÇÕES?**

SUMÁRIO: Introdução; 1. O abuso de poder. 2. Espécies de abuso de poder nas eleições. 2.1. Abuso do poder econômico. 2.2. Abuso do poder político. 2.3. Abuso dos meios de comunicação. 2.4. As três formas de poder em Bobbio. 3. As decisões do TRE-SP sobre abuso de poder religioso. 4. Considerações finais.

### **INTRODUÇÃO**

A cada dois anos as eleições ocupam posição de destaque nos noticiários, nas conversas, nas aulas, enfim, no cotidiano do brasileiro. Por outro lado, cada eleição apresenta novidades nas práticas utilizadas e no próprio regramento que a conduz.

As mudanças realizadas, a cada pleito, na legislação eleitoral, fazem com que cada ano de eleição seja debatido e realizado como se fosse o primeiro. Na verdade, frequentemente o é nesse aspecto, quando há mudanças em regras importantes.

Reclamações recorrentes influenciam na possibilidade de produção de mudanças na legislação eleitoral, visando a proporcionar maior facilidade no enquadramento de comportamentos que podem ser danosos à democracia, ou mesmo para facilitar a vida de partidos e candidatos.

O que se pretende discutir neste artigo é a possibilidade de haver, em decorrência de reclamações surgidas no Judiciário, uma nova figura no Direito Eleitoral, que é o abuso de poder religioso. Cada vez mais candidatos religiosos ou simpatizantes de religiões concorrem, tanto nas eleições proporcionais como nas majoritárias. No Congresso Nacional há a bancada dos evangélicos, que é muito atuante nas questões que lhe interessam. Não é o foco deste trabalho discutir o comportamento da bancada evangélica ou dos grupos religiosos presentes no Congresso Nacional, seus acordos, sua atuação, legitimidade ou se estão certos ou errados. O que pretendemos trazer à discussão é o comportamento das pessoas que se declaram pertencentes a determinado grupo religioso ou mesmo simpatizantes dele e por consequência recebem apoio, consubstanciado em ações que podem ser consideradas abusivas, segundo as lides que têm chegado ao Judiciário Eleitoral.

Para fazer essa discussão, pretendemos discorrer sobre o que vem a ser o abuso de poder segundo a doutrina e a legislação, com ênfase na legislação eleitoral, e as formas previstas de abuso de poder econômico, político e uso abusivo dos meios de comunicação social.

Serão analisadas decisões que o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP) proferiu, em 2017, em relação a reclamações que contenham o abuso de poder religioso no assunto. Adianta-se que nenhuma das decisões trouxe condenação aos reclamados, por

diferentes motivos.

A inviolabilidade da liberdade de crença e o direito ao livre exercício dos cultos religiosos, garantidos pela Constituição Cidadã (art. 5º, VI), é assunto de grande relevância, que deve ser considerado na discussão da possibilidade de haver o abuso de poder religioso.

A existência da descrição, na lei eleitoral, de um ilícito que só poderia ser praticado por sacerdotes de alguma religião, poderia provocar uma onda de fiscalização dos cultos religiosos com a finalidade de identificar se tal ilícito ocorre ou não. Pelo que se vê no comportamento de candidatos e partidos, que procuram qualquer motivo para interferirem na campanha dos adversários, é muito provável que houvesse esse tipo de policiamento religioso, que anda muito próximo do policiamento ideológico, e que nunca foi salutar em qualquer regime democrático.

Por outro lado, há consenso entre juristas e pensadores em geral de que não existe direito ou liberdade absoluta, o que não exclui a liberdade religiosa. A legislação eleitoral já toca nessa questão quando proíbe a propaganda em templos religiosos e o recebimento, por partido ou candidato, de doação de qualquer espécie por parte de entidades religiosas<sup>1</sup>.

Observe-se, ainda, que o que as reclamações na Justiça Eleitoral têm levantado diz respeito ao discurso feito por líderes religiosos em favor deste ou daquele candidato. Consideram os reclamantes que tal atitude pode provocar desequilíbrio na disputa eleitoral. Nas decisões do TRE-SP em que a questão do abuso de poder religioso foi enfrentada, mesmo que o Colegiado tenha firmado posição no sentido de que a figura do abuso do poder religioso existe, as condutas não foram consideradas lesivas ao processo eleitoral, não comprometendo a lisura e o equilíbrio do pleito.

Aqui pretendemos levantar a questão anterior: se as formas de abuso nas eleições têm previsão legal e são abordadas pela doutrina, como teríamos uma nova forma de abuso sem essa previsão? Seriam os sacerdotes obrigados a não falar em política, a despeito da ausência de previsão legal para essa proibição? Seria assim, ferido o princípio constitucional da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei?<sup>2</sup>

São questões importantes, para as quais ainda não há resposta. A reflexão sobre elas e a análise sistemática do que vem ocorrendo no mundo real certamente subsidiarão as escolhas que serão feitas no futuro. O presente artigo é uma humilde contribuição para essa reflexão.

## 1. O abuso de poder

A proposta do presente artigo é discutir a existência do abuso de poder religioso nas eleições, com base em três elementos: a) reclamações que chegaram à segunda instância da Justiça Eleitoral em São Paulo e foram decididas em 2017, relativas às eleições de 2016; b) a legislação eleitoral acerca do abuso de poder; c) a doutrina.

---

<sup>1</sup> O art. 24, VIII, da Lei das Eleições (Lei 9.504/97) proíbe ao partido ou candidato receber doações de entidades religiosas, e o art. 37, § 4º, da mesma Lei, estabelece as proibições de propaganda e classifica os templos como bens de uso comum.

<sup>2</sup> CRFB/1988, art. 5º, inciso II.

Assim, a partir do que define a doutrina e a legislação sobre abuso de poder, além das decisões que o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP) proferiu, em 2017, em relação a reclamações que contenham o abuso de poder religioso no assunto, faremos breve discussão sobre o tema.

Poder designa a capacidade ou possibilidade de ação com a produção de efeitos. No sentido que nos interessa, que é o social, podemos adotar a seguinte definição:

Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até à capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. (BOBBIO, 1991, p. 933).

Determinar o comportamento do outro é o que mais se quer em uma eleição. Definir que alguém vote em A ou B é o exercício efetivo do poder, que deve ocorrer dentro de regras e limites específicos.

Quando se fala em regras e limites entram as leis e as teorias que, ao se consubstanciarem em normas, definem o que é o poder legitimamente exercido dentro desses limites e o que vem a ser o abuso de poder.

A origem jurídica da teoria de abuso de poder, não político, liga-se ao Direito Privado, e foi desenvolvida a partir da noção de responsabilidade civil por abuso de direito (GOMES, 2017, p. 317).

É importante observar que a visão legalista, nessa teoria, se sobressaía. O positivismo jurídico tinha predominância e a responsabilidade civil somente despontava se a conduta que gerou dano correspondesse exatamente a uma regra legal.

Uma teoria do abuso dos direitos foi desenvolvida posteriormente por RIPERT (2002, p. 19, 168-171), considerando que não seria necessária a expressa previsão legal para que se responsabilizasse aquele que, abusando de seu direito subjetivo, provocasse dano a outrem, mas regras morais seriam suficientes para delinear a responsabilidade.

Atualmente a questão da subsunção é um grande problema para a questão discutida neste artigo. Contudo, concorre como complicador da situação a própria noção e aferição de dano em uma eleição. Não ser eleito constitui um dano? Sempre que não se alcança o objetivo de ser o mais votado é porque houve dano provocado por outrem? A responsabilidade pela não eleição de alguém pode ser atribuída a outra pessoa, por haver abusado de um direito subjetivo? Essas são questões que se colocam.

A idéia de que fundamentos morais podem contemplar a falta de legislação sobre determinado assunto não parece, para a tradição jurídica brasileira, algo muito simples de ser superado. A impressão que se tem é que é necessário que haja leis para absolutamente tudo, ainda mais quando há direitos constitucionais subjetivos que necessitam de controle e limite.

Definir o que é abuso, tanto doutrinária como legalmente, é imperioso para que se possa avançar na subsunção.

É de consenso que a palavra abuso traz em si a idéia de uso ilegítimo ou incorreto de algo, uso excessivo e prejudicial de atribuições ou poderes.

Gomes (2017, p. 321) além de trazer esses significados apresenta seu entendimento de abuso de poder na área eleitoral:

No Direito Eleitoral, por abuso de poder compreende-se o mau uso de direito, situação ou posição jurídicas com vistas a se exercer indevida e ilegítima influência em dada eleição. Para caracterizá-lo, fundamental é a presença de uma conduta em desconformidade com o Direito (que não se limita à lei), podendo ou não haver desnaturamento dos institutos jurídicos envolvidos.

Observe-se que Gomes ressalta que a desconformidade com o Direito não tem limite à lei, isto é, não é necessário que a lei estabeleça determinada conduta como ilícita para que seja considerado o abuso.

Dessa forma, com um conceito que flutua entre a conduta descrita na lei e a desconformidade com o Direito, ainda que não esteja positivada, o caso concreto é que trará os elementos que definirão se houve ou não o abuso de poder.

O conceito jurídico de abuso de poder é indeterminado, fluido e aberto; sua delimitação semântica só pode ser feita na prática, diante das circunstâncias que o evento apresentar. Portanto, em geral, somente as peculiaridades do caso concreto é que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso de poder. (GOMES, 2017, p.321).

Apesar da fluidez e indeterminação do conceito de abuso de poder, a legislação tentou amenizar o trabalho do intérprete do Direito, descrevendo condutas que podem ser enquadradas como abuso de poder nas eleições.

## 2. Espécies de abuso de poder nas eleições

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu art. 14, § 9º, instruções sobre a proteção da soberania popular exercida pelo voto:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (ANGHER, 2016, p.27, grifo nosso)

O texto da Lei Máxima preconiza que a eleição é normal e legítima se isenta da influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Essa última parte poderia ser considerada como abuso de autoridade, uma vez que restrita a detentores de cargo, emprego ou função pública.

O § 10 do mesmo artigo 14 ainda prevê a impugnação do mandato eleitoral: “O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.”

Obedecendo ao comando do artigo citado (art. 14, § 9º da CRFB/88), foi promulgada a Lei Complementar nº 64/90, conhecida como Lei das Inelegibilidades. O art. 22 da Lei diz, *in verbis*:

Art. 22. Qualquer Partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou *abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social*, em benefício de candidato ou de Partido político [...] (ANGHER, 2016, p.1.061, *grifo nosso*).

Apesar de estarmos considerando leis relativamente recentes, como é o caso da Constituição e da Lei Complementar que vem após ela, é no Código Eleitoral, de 1965, que o abuso do poder econômico já é repellido como algo danoso à liberdade de votar: “Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.” (BRASIL, 1965).

Por fim, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997), em seus artigos 73, 75, e 77, trata das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral; o artigo 74 refere-se ao abuso de autoridade (BRASIL, 1997). Esses artigos procuram detalhar, em incisos e parágrafos, todas as condutas vedadas aos agentes públicos.

Assim, temos um arcabouço legal que prevê condutas reprováveis e ainda estabelece o rito de processamento das ações, a AIJE – Ação de Investigação Judicial Eleitoral e a AIME – Ação de Impugnação de Mandato Eleitoral.

Desse elenco de leis e doutrina, pode-se destacar três espécies de abuso de poder nas eleições, quais sejam, o abuso de poder econômico, o abuso de poder político e o abuso do poder dos meios de comunicação, ou o uso abusivo dos meios de comunicação social.

Geralmente, a doutrina aponta como fatores caracterizadores de abuso de poder nas eleições o abuso do poder político, o abuso do poder econômico e o abuso na utilização de meios de comunicação. (BARREIROS NETO, 2015, p.340).

## 2.1. Abuso do poder econômico

Segundo Gomes (2017, p.322) o mau uso de recursos patrimoniais detidos ou disponibilizados a determinado agente constitui o abuso de poder econômico, revelando a existência de exorbitância, desbordamento ou excesso no emprego de recursos.

O abuso de poder econômico tem visualização relativamente fácil, uma vez que envolve bens patrimoniais, dinheiro, enfim, recursos materiais que estão disponíveis ao agente. É

algo que pode até ser medido em sua utilização: a cessão irregular de uso de bens, de doações em dinheiro, a compra de votos, o oferecimento de qualquer vantagem ao eleitor, apenas para citar exemplos.

Assim, o abuso de poder econômico verifica-se quando o candidato utiliza recursos financeiros que são proibidos pela lei, ou mesmo quando permitidos estão acima dos limites que a legislação definiu. Com essa conduta o agente pode provocar desequilíbrio no pleito, constituindo o abuso.

Esse tipo de abuso, posto que baseado em valores que são aferíveis e cuja previsão de utilização está consignada na legislação, pode ser vislumbrado de maneira relativamente clara.

É evidente que cada caso e circunstância o Poder Judiciário julgará segundo as características que o marcam, não podendo ser encontrada qualquer regra, senão os parâmetros da Lei, para que se encontre a procedência ou não das diversas lides que lhe são propostas.

## **2.2. Abuso do poder político**

Parece-nos que a mesma suposta facilidade em encontrar a linha entre a existência ou não do abuso de poder econômico não existe na segunda forma de abuso de poder a ser explorada, o abuso do poder político.

Ante sua elasticidade, o conceito em foco pode ser preenchido por fatos ou situações tão variadas quanto as seguintes: uso, doação ou disponibilização de bens e serviços públicos, desvirtuamento de propaganda institucional, manipulação de programas sociais, contratação ilícita de pessoal ou serviços, ameaça de demissão ou transferência de servidor público, convênios urdidos entre entes federativos estipulando a transferência de recursos às vésperas do pleito (GOMES, 2017, p.325).

O abuso de poder político está relacionado à autoridade do poder público. Há muita discussão sobre os limites do uso e eventual abuso desse poder. Cada caso tem que ser analisado com suas características à luz da legislação eleitoral, e pode haver muita dúvida sobre se houve ou não o abuso de poder político, ou o abuso de autoridade, e ainda se a conduta foi suficiente para ferir a normalidade e a legitimidade da disputa eleitoral. Não há, necessariamente, montantes em valores patrimoniais a serem medidos, mas condutas de agentes políticos que podem afetar a normalidade das eleições, promovendo desequilíbrio e limitando a liberdade de voto.

## **2.3. Abuso dos meios de comunicação**

A terceira forma de abuso prevista na legislação e contemplada pela doutrina é o abuso do poder dos meios de comunicação, ou o uso abusivo dos meios de comunicação social. Para GOMES (2017, p.323) há uma certa mistura entre o abuso de poder econômico e o uso abusivo dos meios de comunicação social.

O abuso de poder econômico tanto pode decorrer do emprego abusivo de recursos patrimoniais, como do mau uso de meios de comunicação social ou do descumprimento de regras atinentes à arrecadação e ao uso de fundos de campanha.

De fato, o uso dos meios de comunicação social depende, eventualmente, de fatores econômicos, seja na aquisição de tais serviços, seja na doação que veículos de comunicação podem fazer, de forma irregular, a determinada candidatura, provocando desequilíbrio das oportunidades e maculando a normalidade do pleito.

É uma forma de abuso que também pode trazer bastante polêmica quando levada à lide. O jornal que aumenta o número de edições durante o período eleitoral e se dedica a elogiar determinado candidato, não cedendo espaço a outra ou outras candidaturas, pode, com tal conduta, estar promovendo o uso abusivo dos meios de comunicação. Mas a própria definição da conduta pode não ser de demonstração simples. Estatísticas, palavras utilizadas, destaque dado dentro da publicação, muitos fatores podem contribuir para a interpretação que será conferida à conduta, pelos julgadores que analisarem o caso.

Sem falar que os meios de comunicação social são jornais, revistas, rádio, televisão, internet e que a forma de abuso pode ser muito difícil de ser identificada e provada de forma incontroversa.

O abuso do poder dos meios de comunicação pode ser conceituado como o emprego ou a utilização excessiva, indevida ou deturpada dos veículos de imprensa escrita (jornais, revistas, livros e periódicos) ou do rádio, da televisão ou da internet nas campanhas eleitorais por candidato, partido ou coligação, produzindo lesões à normalidade e à legitimidade dos pleitos eletivos (ALMEIDA, 2015, p.504).

Fica evidente, nessa apertada síntese sobre as espécies de abuso de poder nas eleições, que não está presente o abuso de poder religioso, seja na legislação, seja na doutrina.

#### **2.4. As três formas de poder em Bobbio**

Bobbio estabelece uma tipologia de três formas de poder que acompanham a taxionomia de nossa doutrina (BOBBIO, 1987, p.82) mas tem um elemento importante e relativamente novo, que poderá fertilizar nossa reflexão sobre formas de poder e o abuso. O autor fala sobre o poder econômico e político, com descrições que praticamente nada acrescentam ao que já foi desenvolvido acima, mas faz menção do poder ideológico, sobre o qual não encontramos referência em nossa doutrina ou legislação.

O poder ideológico é aquele que se vale da posse de certas formas de saber, doutrinas, conhecimentos, às vezes apenas de informações, ou de códigos de conduta, para exercer uma influência sobre o comportamento alheio e induzir os membros do grupo a realizar ou não realizar uma ação (BOBBIO, 1987, p.82).

Talvez seja essa uma forma de poder bem mais ampla, que pode atingir muito mais pessoas, tanto na posição ativa, do exercício de poder, como na passiva, daqueles que

realizam ou deixam de realizar as ações às quais são induzidos pela sua liderança, os detentores do poder ideológico.

Bobbio continua a explicação, definindo quem poderiam ser os detentores do poder ideológico:

Deste tipo de condicionamento deriva a importância social daqueles que sabem, sejam eles os sacerdotes nas sociedades tradicionais, ou os literatos, os cientistas os técnicos, os assim chamados “intelectuais”, nas sociedades secularizadas, porque através dos conhecimentos por eles difundidos ou dos valores por eles afirmados e inculcados realiza-se o processo de socialização do qual todo grupo social necessita para poder estar junto. (BOBBIO, 1987, p.83).

Segundo o autor, o poder econômico, o político e o ideológico têm em comum o fato de contribuírem conjuntamente para instituir e manter a desigualdade nas sociedades, que permanecem segregadas em fortes e fracos, com base no poder político, em ricos e pobres, com base no poder econômico, e em sábios e ignorantes, com base no poder ideológico (BOBBIO, 1987, p.83).

Já há quem invoque o poder ideológico como o tipo apropriado para definir o poder religioso e estabelecer o que configura o abuso desse poder.

### 3. As decisões do TRE-SP sobre abuso de poder religioso

Visando bem delimitar o tema do presente artigo, estabelecemos como *corpus* da pesquisa as decisões do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo (TRE-SP), até o mês de setembro de 2017, relativas às eleições municipais de 2016, e que no assunto do processo traziam os termos “abuso poder religioso”<sup>3</sup>.

Dessa forma foram encontradas seis decisões relativas às eleições 2016 que incluíram o assunto abuso de poder religioso, todas da Classe Processual nº 30 (Recurso Eleitoral)<sup>4</sup> conforme o esquema abaixo:

| Processo | Decisão 1ª Instância               | Relator       | Decisão 2ª instância                            |
|----------|------------------------------------|---------------|-------------------------------------------------|
| 135-60   | Improcedência. Inépcia da inicial. | Marcelo Gordo | Extinguiram o processo sem resolução do mérito. |
| 261-07   | Improcedência                      | Marcelo Gordo | Negaram provimento ao recurso.                  |
| 543-43   | Improcedência                      | Marcelo Gordo | Negaram provimento ao recurso.                  |
| 618-67   | Improcedência                      | Fábio Prieto  | Retorno dos autos à origem. Preliminar de       |

<sup>3</sup> As pesquisas foram feitas na página do TRE-SP na internet, acessada em: 06.10.2017. Os termos “abuso poder religioso” foram inseridos no campo “Consulta Livre” do formulário de pesquisa.

<sup>4</sup> As classes processuais na Justiça Eleitoral estão regulamentadas pela Resolução nº 22.676, de 13 de dezembro de 2007, disponível no site do Tribunal Superior Eleitoral, acesso em: 04.10. 2017.

|               |               |                |                                                                                                                                                                                  |
|---------------|---------------|----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>782-79</b> | Improcedência | Marli Ferreira | cerceamento de defesa acolhida. Rejeitaram a matéria preliminar e negaram provimento ao recurso.                                                                                 |
| <b>783-80</b> | Improcedência | Marcelo Gordo  | Negaram provimento ao recurso. Matéria sobre abuso de poder religioso não conhecida, pois no polo passivo não está a autoridade religiosa que teria praticado a conduta abusiva. |

Todas decisões foram unânimes no tribunal, bem como tiveram sentença de improcedência na primeira instância.

Fora a decisão no processo 135-60, que foi extinto sem resolução de mérito, e a do processo 783-80, em que a matéria de abuso de poder religioso não foi conhecida por não estar a autoridade religiosa que teria praticado a conduta abusiva no polo passivo, todas as demais decisões enfrentaram a questão do abuso do poder religioso.

No voto proferido no processo 261-07, o relator, juiz Marcelo Gordo, invoca João Antonio da Silva Filho para dizer que

o abuso de poder religioso é uma espécie do abuso de poder carismático ou ideológico que, por sua vez, consubstancia-se no “uso da autoridade daquele que se vale da posse de certas formas de saber, doutrinas, conhecimentos, às vezes apenas de informações, ou de códigos de condutas, para exercer influência sobre o comportamento alheio e induzir membros do grupo a realizar ou não realizar uma ação.” (BRASIL, TRE-SP, Recurso Eleitoral 261-07, p.421,422).

É interessante notar que o magistrado começa a definir doutrinariamente, a partir de uma noção que, diga-se, foi extraída de BOBBIO (1987, p.82), algo que não estava delineado na doutrina, ou seja, o abuso de poder religioso.

Continuando a demonstrar sua convicção, o juiz do tribunal ainda esclarece:

Não há dúvidas acerca da existência dessa nova e recente figura no âmbito eleitoral, bem como de que é ilícita e merece ser combatida, todavia, é cediço que todo abuso pressupõe uma conduta reiterada ou grave, excessiva e exorbitante, capaz de afetar a normalidade (sic) isonomia entre candidatos. Ou seja, que tenha influência efetiva sobre os fiéis, ou apresente potencial inequívoco a respeito. (BRASIL, TRE-SP, Recurso Eleitoral 261-07, p.422)

Com essa afirmação, e frente às provas apresentadas no processo, o julgador entende que a conduta não foi capaz de provocar o desequilíbrio ou ferir a normalidade de isonomia entre os candidatos.

Contudo, a certeza de que o abuso de poder religioso existe, é importante e deve ser discutida.

No entendimento de CUTRIM (2010), quando configurado o abuso do poder religioso, o silêncio da lei eleitoral autoriza a aplicação das mesmas normas de repressão que são aplicadas às formas já previstas de abuso. É a mesma convicção do juiz Marcelo Gordo no processo 261-07.

É assunto que merece cuidado: quando se diz que o abuso de poder religioso existe, a despeito de qualquer previsão legal ou doutrinária, está se atribuindo menor importância a outros princípios, como por exemplo, o da legalidade.

De fato, a lei eleitoral deu atenção à questão religiosa, mas de maneira objetiva, ao vedar a Lei nº 9.504/97, em seu art. 24, VIII, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de entidades beneficentes e religiosas. O artigo 37, da mesma lei, em seu § 4º, define como bens de uso comum, para fins eleitorais, entre outros, os templos.

Na dicção da Lei das Eleições, a infringência aos citados artigos poderia muito bem enquadrar os agentes nas condutas de abuso de poder econômico e abuso dos meios de comunicação social. Muito mais difícil seria encaixar as condutas como o ainda inexistente abuso de poder religioso.

Na linha de que o abuso de poder religioso existe e pode ser danoso ao processo eleitoral ainda temos:

Decorre, então, que o abuso do poder religioso, tema no qual iremos nos ater, pode ser considerado como o desvirtuamento das práticas e crenças religiosas, visando a influenciar ilicitamente a vontade dos fiéis para a obtenção do voto, para a própria autoridade religiosa ou terceiro, seja através da pregação direta, da distribuição de propaganda eleitoral, ou, ainda, outro meio qualquer de intimidação carismática ou ideológica, casos que extrapolam os atos considerados como de condutas vedadas, previstos no art. 37, § 4º, da Lei nº 9.504/97. (KUFA, 2016)

Certamente essa é uma visão mais extremista, no sentido de que a religião é utilizada não como forma de influência, mas de intimidação e tirania. É uma situação possível, mas que coloca os fiéis em situação tal que não demonstra o exercício do direito fundamental à crença, mas denota a necessidade de proteção, pelo Estado, do cidadão, que sofre uma agressão por meio do abuso de poder carismático e ideológico, plenamente vestido de abuso de poder religioso.

Opinião diferente em relação à certeza de que o abuso de poder religioso existe, tem SANTOS (2014, p.98):

Portanto, não se pode falar em “abuso de poder religioso” como uma espécie autônoma de ilicitude eleitoral. Isso porque, essa categorização deveria dar lugar também, dentro de uma visão isonômica, ao “abuso de poder ideológico”, “abuso de poder marxista”, “abuso de poder homossexual”, “abuso de poder irreligioso” ou “abuso de poder empresarial”. Ocorre que, a legislação eleitoral não deve se preocupar em qualificar o motivo fomentador do abuso, seja religioso, ideológico ou não, cumprindo-lhe verificar o excesso do poder capaz de influenciar negativamente o processo eleitoral.

Segundo essa visão, a legislação eleitoral já prevê formas de utilização das organizações religiosas de maneira abusiva nas eleições e estabelece vetos. Segundo o autor, é preciso

separar o joio do trigo e ter cuidado na utilização da expressão “abuso de poder religioso”:

Por esse motivo, a expressão “abuso de poder religioso” se mostra imperfeita e até mesmo discriminatória, na medida em que categoriza um tipo de violação legal para um grupo específico de pessoas na sociedade: os religiosos. Mesmo que algumas organizações religiosas possam exercer influência indevida sobre os seus adeptos a fim de que votem em candidatos ou partidos específicos, por meio de pressão psicológica, a ilegalidade deve ser avaliada não como um fenômeno exclusivamente religioso, mas antropológico, que pode ser materializada sob outros fundamentos ideológicos e em outros grupos sociais. (Ibidem, p.97).

Assim, a discussão acerca da existência desse tipo de abuso de poder deve ganhar corpo. A decisão mencionada não reconheceu o abuso de poder religioso. Isso baseada na falta de prova robusta e inequívoca do ilícito, que demonstrasse a gravidade dos fatos, conforme determina a Lei nº 64/90, em seu artigo 22, XVI: “para configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.”

A decisão sobre o processo 543-43, de mesma relatoria do anterior, segue linha semelhante, no sentido de reconhecer que o abuso de poder religioso existe:

Não há dúvidas acerca da existência dessa nova e recente figura no âmbito eleitoral, bem como de que é ilícita e merece ser combatida. Todavia, é cediço que todo abuso pressupõe uma conduta reiterada ou grave, excessiva e exorbitante, capaz de afetar a normalidade (sic) isonomia entre candidatos (BRASIL, TRE-SP, Recurso Eleitoral 543-43, p.202).

O relator entendeu, *in casu*, que as provas não demonstraram a ocorrência do abuso, por isso negou provimento ao recurso.

É importante notar, na decisão em discussão, que o relator cita o juiz *a quo* para argumentar sobre a não ocorrência do ilícito eleitoral:

Nota-se que o candidato requerido é membro da igreja Comunidade Casarão. [...]. Portanto, não vejo como exigir que a igreja esconda de seus fiéis que um membro destacado do (sic) igreja é candidato a cargo público. Anoto, ainda, que o próprio representante pertence a outra agremiação religiosa, conforme certidão de batismo de fls.22. Assim, é natural que os membros da igreja do representante também saibam que ele era candidato, inclusive para que pudessem votar em alguém que defenderia seus interesses e aspirações junto ao poder Público. Trata-se de ônus natural do regime democrático, sem que se possa presumir a existência de captação ilícita de sufrágio.” (Ibidem, p.203/204).

O magistrado *ad quem* cita ainda jurisprudência de outros tribunais, o que foge do escopo do presente artigo, mas que não pode ser ignorada uma vez que tendente a formar opinião

sobre o suposto ilícito em debate. Dessa forma, o fato de o candidato não estar presente em cultos onde há o pedido expresso de votos, ou não ter anuído previamente com qualquer tipo de propaganda realizada no interior de templos por sacerdotes, tem inviabilizado a aplicação de sanção, por ter sido o fato praticado por terceiros.

Esse é um debate a ser feito. Deveria ser o autor do fato responsabilizado, como acontece nos casos de boca de urna? E a responsabilidade seria por propaganda irregular ou, no caso de sacerdotes, o de abuso de poder religioso?

A decisão no processo 618-67, de relatoria do desembargador federal Fábio Prieto, determinou o retorno dos autos à origem, pelo acolhimento de preliminar de cerceamento de defesa.

O magistrado traz em seu voto a manifestação do ministro Henrique Neves em Recurso Ordinário no TSE, que merece destaque. A menção ao voto do ministro sustenta a ideia de que “a prática de atos de propaganda, em prol de candidatos, por entidade religiosa, pode caracterizar a hipótese de abuso do poder econômico” (BRASIL, TRE-SP, Recurso Eleitoral 618-67, p.206).

O voto do ministro do TSE tem 12 pontos, dos quais consideramos pelo menos dois de grande importância para o presente artigo:

2. Abuso do poder religioso. Nem a Constituição da República nem a legislação eleitoral contemplam expressamente a figura do abuso de poder religioso. Ao contrário, a diversidade religiosa constitui direito fundamental, nos termos do inciso VI do artigo 5º, o qual dispõe que: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. (Recurso Ordinário nº 265308, Relator Min. Henrique Neves da Silva, DJE 5/4/2017, páginas 20/21, apud BRASIL, TRE-SP, Recurso Eleitoral 618-67, p.206).

O primeiro ponto citado traz a compreensão de que não há a figura do abuso de poder religioso, nem na Constituição Federal, nem na legislação eleitoral. Quando colaciona o artigo da Lei Máxima que garante a liberdade de crença, confronta com a figura do abuso de poder religioso, colocando-os em pólos contrários.

Mais à frente, no ponto 11 de seu voto, o ministro demonstra seu entendimento sobre atos que possam ser encarados como abuso de poder religioso:

11. Ainda que não haja expressa previsão legal sobre o abuso do poder religioso, a prática de atos de propaganda em prol de candidatos por entidade religiosa, inclusive os realizados de forma dissimulada, pode caracterizar a hipótese de abuso do poder econômico, mediante a utilização de recursos financeiros provenientes de fonte vedada. Além disso, a utilização proposital dos meios de comunicação social para a difusão dos atos de promoção de candidaturas é capaz de caracterizar a hipótese de uso indevido prevista no art. 22 da Lei das Inelegibilidades. Em ambas as situações e conforme as circunstâncias verificadas, os fatos podem causar o desequilíbrio da igualdade de chances entre os concorrentes e, se atingir gravemente a normalidade e a legitimidade das eleições, levar à cassação do registro ou do diploma dos candidatos eleitos. (Ibidem, p.208).

Do voto do relator do TSE, que foi seguido unanimemente pelos demais membros do Tribunal Superior, consideramos dois aspectos relevantes em relação ao abuso de poder religioso: 1) não há essa figura na Constituição ou na legislação eleitoral; 2) apesar de não haver expressa previsão legal, certos atos cometidos por agentes que detenham autoridade religiosa podem configurar outros tipos de abuso, como o do poder econômico e dos meios de comunicação social.

Assim, a menção desse voto pelo Des. Fábio Prieto, ainda que não enfrentado totalmente o mérito da questão, uma vez que determinado o retorno dos autos à origem, delineia um entendimento de que não há como punir um agente por abuso de poder religioso, mas sim por abuso de poder econômico ou dos meios de comunicação social pela utilização indevida da estrutura de entidades religiosas, seja na doação ilegal a campanha, seja na realização de propaganda irregular em prol de determinado candidato. Mas essa ainda é uma linha tênue, a da configuração do ilícito.

A decisão no processo 782-79, da relatoria da desembargadora federal Marli Ferreira<sup>5</sup>, traz esclarecimentos sobre as formas de abuso de poder econômico e político para aplicar seu entendimento às práticas atribuídas ao recorrido no indigitado processo.

Quanto ao abuso do poder religioso, abre um capítulo para dizer que “o abuso do poder religioso não encontra regramento expresso no ordenamento jurídico vigente” (BRASIL, TRE-SP, Recurso Eleitoral 782-79, p.524).

Também cita notícia acerca do voto do ministro Henrique Neves no RO 265308, que vale a pena reproduzir<sup>6</sup>:

É absolutamente lícito e constitucionalmente assegurado que os sacerdotes e pregadores enfrentem em seus discursos, nas suas homilias, sermões, prelações ou reflexões os temas políticos que afligem a sociedade. E possam livremente expor suas opiniões e conselhos a respeito do tema. Por outro lado, nada impede que os candidatos abracem a defesa de causas religiosas.

Conclui a juíza que o que se intenta coibir é o desvirtuamento do uso da fé em favor de dada candidatura. Veja-se quão complexo é adentrar à questão da liberdade, não só de culto, mas da livre manifestação relacionada à própria religião.

Quanto a última decisão, no processo 783-80, no entendimento do relator, juiz Marcelo Gordo, não houve a formação do litisconsórcio passivo necessário – a conduta tida como abusiva pelos recorrentes teria sido praticada por autoridade religiosa que não integra o pólo passivo – assim, a questão de mérito do abuso de poder religioso não foi enfrentada. Mas já é conhecida a posição do referido juiz, que se manifestou em outros feitos.

As decisões do TRE-SP não levaram ninguém à condenação por abuso de poder religioso. Tampouco foram unânimes em reconhecer a existência, ainda que não prevista no

---

<sup>5</sup> Lembramos que a formação dos Tribunais Regionais Eleitorais obedece ao art. 120, § 1º, da Constituição Federal. No caso, aparecem dois juízes federais em decorrência do fim de mandato de um deles, ou seja, o Des. Fábio Prieto sucedeu a Des<sup>a</sup> Marli Ferreira.

<sup>6</sup> Notícia publicada pelo TSE, com fala do ministro Henrique Neves. Disponível no site do TSE, acesso em: 05.11.2017.

ordenamento jurídico, dessa espécie de abuso de poder. Uma delas apoiou-se em decisão do TSE que tende a não reconhecer essa nova espécie de abuso, sob risco de ameaça à liberdade religiosa. Todavia, essa mesma liberdade, na própria decisão superior citada, não é absoluta, e já existe alguma regulamentação a respeito na Lei das Eleições. Para se chegar a punição de abuso cometido por autoridade religiosa no exercício de seu ministério não se enquadraria a conduta em abuso de poder religioso, mas nas outras formas de abuso previstas na legislação.

Como vimos, um dos recursos retornou à origem para nova instrução. Um foi extinto sem julgamento do mérito. Nos demais foi mantida a improcedência da ação, sendo que em um dos casos a autoridade religiosa não figurou no pólo passivo, não tendo a questão do abuso sido apreciada.

Nos casos em que a matéria do abuso de poder religioso foi apreciada, surgiram ideias do que seria essa espécie de abuso. Mas as provas não foram consideradas suficientes para caracterizá-lo.

Dessa forma, o TRE-SP não tem uma posição definida sobre esse assunto. A falta de previsão legal, a falta de casos concretos com provas inequívocas da conduta abusiva e a ausência de definição doutrinária sobre o assunto, certamente demandará ainda um bom tempo para que se forme jurisprudência acerca do abuso de poder religioso na corte eleitoral paulista.

### **Considerações finais**

Como vimos, a legislação eleitoral e a doutrina estabeleceram formas de abuso nas eleições, que são classificadas como abuso de poder econômico, abuso de poder político e abuso dos meios de comunicação social. A figura do abuso de poder religioso não é encontrada nem na legislação nem na doutrina.

Contudo, ações de líderes religiosos em favor de determinados candidatos têm feito com que a concorrência se sinta prejudicada, desigual em relação a supostos privilégios que religiosos ou simpatizantes de religiões têm no processo de disputa eleitoral.

Tal sentimento tem gerado as reclamações no Judiciário Eleitoral, apresentando as condutas consideradas lesivas ao processo eleitoral como ilícitas e abusivas, classificadas como abuso de poder religioso.

Da análise das decisões do TRE-SP acerca de reclamações que surgiram em relação às eleições de 2016 com o assunto abuso de poder religioso, pudemos perceber uma tendência de reconhecimento de que essa figura existe, a despeito da falta de previsão legal.

Contudo, das decisões não resultou qualquer condenação. As condutas apresentadas, quando enfrentadas, não foram consideradas suficientes para provocar desequilíbrio no processo eleitoral.

Nenhuma liberdade é absoluta, mas a fiscalização dos discursos em igrejas poderia provocar um policiamento ideológico e religioso danoso à liberdade e sem previsão legal. O mesmo tipo de conduta abusiva poderia ser atribuído a líderes de outros segmentos, como do movimento sindical e estudantil, o que, evidentemente, constituiria patrulhamento ideológico e feriria a liberdade de pensamento.

Concluimos que, do ponto de vista formal, o abuso de poder religioso não existe. Que a participação de igrejas na política deve ser melhor regulamentada, sob pena de se deixar

para os tribunais “legislarem” acerca de assunto que não é previsto na lei.

Uma limitação de direito tão importante, relacionado à liberdade de crença e de culto, deve ser debatida no âmbito legislativo, de forma que fique melhor esclarecido o papel das igrejas na política e a limitação de sua atuação como organização social.

A separação entre Estado e Religião deve ser muito bem definida, para que sejam preservados direitos e estabelecidos os limites para o seu exercício, não se podendo dizer que líderes religiosos não podem participar da política, mas que sejam definidas as regras sobre como pode se dar essa participação, para que não haja prejuízo para a sociedade como um todo.

Pode haver uma nova figura de abuso no âmbito eleitoral, mas é necessário que seja trazida a lume pela legislação e que, nesse processo, haja discussão com a sociedade sobre os efeitos de uma eventual limitação do uso do poder da fé, que só deveria ser utilizado para beneficiar todos os seres humanos e não os fazer ter o sentimento de prejuízo ou de terem sido usados e abusados.

## Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 9.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2015.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 23.ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BARREIROS NETO, Jaime. *Direito Eleitoral*. 5.ed. Coleção Sinopses para Concursos. Salvador: Jus Podium, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política*. 8.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol.2. Brasília: Universidade de Brasília – Linha Gráfica, 1991.

BRASIL. *Código Eleitoral*. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>>. Acesso em: 22.11. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nb0-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>>. Acesso em: 22.10. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. *Recurso Eleitoral nr. 782-79*. São Bernardo do Campo. Recorrente: Coligação “Pra São Bernardo seguir mudando”. Recorrido: Samuel Alves de Oliveira. Relator: Marli Ferreira. São Paulo, 7 de março de 2017. Disponível em <<http://www.tre-sp.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em 06.10. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. *Recurso Eleitoral nr. 543-43*. Mauá. Recorrente: Eduardo José Ferreira. Recorrido: José da Silva. Relator: Marcelo Coutinho Gordo. São Paulo, 9 de maio de 2017. Disponível em <<http://www.tre-sp.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 06.10. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. *Recurso Eleitoral nr. 261-07*. Penápolis. Recorrente: Coligação “Renovação e mudança nasce uma esperança”. Recorridos: Célio José de Oliveira; Carlos Alberto Feltrim; Emerson dos Santos Rocha. Relator: Marcelo Coutinho Gordo. São Paulo, 9 de maio de 2017. Disponível em <<http://www.tre-sp.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 0.10. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. *Recurso Eleitoral nr. 783-80*. Tuiuti. Recorrentes: Partido Verde – PV de Tuiuti; Coligação “Juventude, renovação e progresso”. Recorridos: Jair Fernandes Gonçalves; Júlio da Silveira Lima. Relator: Marcelo Coutinho Gordo. São Paulo, 29 de agosto de 2017. Disponível em <<http://www.tre-sp.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 06.10. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. *Recurso Eleitoral nr 135-60*. Guarulhos. Recorrente: Carlos Alberto Pinto. Recorrido: Jesus Roque de Freitas. Relator: Marcelo Coutinho Gordo. São Paulo, 4 de julho de 2017. Disponível em <<http://www.tre-sp.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 06.10. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. *Recurso Eleitoral nr 618-67*. Diadema. Recorrente: Coligação “Eu quero mais para Diadema”. Recorridos: Jorge Corrêa Vieira; Wagner Feitoza; Maria Aparecida Ferreira. Relator: Fábio Prieto. São Paulo, 5 de setembro de 2017. Disponível em <<http://www.tre-sp.jus.br/jurisprudencia/inteiro-teor>>. Acesso em: 06.10. 2017.

CUTRIM, Mila Regina da Silva. *Abuso de poder religioso: uma nova figura no direito eleitoral?*. Associação dos Magistrados do Acre (ASMAC), 2010. Disponível em: <<http://asmac.jusbrasil.com.br/noticias/2388379/abuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral?ref=amp>>. Acesso em: 07.10. 2017.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

KUFA, Amilton Augusto. *O controle do poder religioso no processo eleitoral, à luz dos princípios constitucionais vigentes como garantia do Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. Disponível em

<<http://www.impetus.com.br/atualização/download/1116/o-controle-do-poder-religioso-no-processo-eleitoral-a-luz-dos-principios-constitucionais-vigentes-como-garantia-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 07.10. 2017.

SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. “*Abuso do poder religioso*”: *a influência da religião evangélica no processo eleitoral brasileiro*. In: SANTANA, Uziel, MORENO, Jonas e TAMBELINI, Roberto (Org.). *Direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo: aspectos teóricos e práticos para especialistas e líderes*. Brasília: Anajure, 2014. p. 83-101.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 2.ed. Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

## **Discurso de ódio e eleições**

## **Hate Speech and elections**

**Marcelo Santiago de Padua Andrade**

Advogado, Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SP.

### **Resumo:**

O presente artigo pretende conceituar e estudar a liberdade de expressão e o discurso de ódio a partir do exame da Constituição Federal, tratados e convenções internacionais, normas infraconstitucionais, doutrina e a jurisprudência, tendo-se chegado à conclusão de que é admissível a restrição pela Justiça Eleitoral do discurso de ódio que venha a ser empregado na propaganda eleitoral ou para fins de propaganda eleitoral.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, discurso de ódio, eleições

### **Abstract:**

This paper aims to conceptualize and study freedom of speech and hate speech from the examination of the Federal Constitution, international treaties and conventions, infraconstitutional norms, doctrine and jurisprudence, reaching the conclusion that the restriction is admissible by the Electoral Justice of the hate speech that will be used in electoral propaganda or for purposes of electoral propaganda.

Keywords: Freedom of speech, hate speech, elections







## Discurso de ódio e eleições

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2 Considerações sobre a liberdade de expressão: conceito, finalidades, conflito com outros direitos fundamentais e o descumprimento de sua finalidade social. 3 O discurso de ódio: conceituação, os modelos de tratamento da matéria e sua conformação no direito brasileiro. 4 O discurso de ódio nas eleições brasileiras: o avanço da polarização política e o aumento da hostilidade que exige combate atendo pela Justiça Eleitoral. 5 Conclusões. Referências

### 1. Introdução

O ódio e a intolerância são sentimentos que caminham com o homem desde a antiguidade, sendo fartos os registros históricos dos danos que produzem. Da perseguição patrocinada pela Santa Inquisição, passando pelos grandes genocídios do século XX até chegar aos casos cotidianos de perseguição aos extratos vulneráveis da população: no DNA de todos esses lamentáveis episódios estão aqueles sentimentos negativos que envenenam a ponto de não se conseguir enxergar um ser humano na outra ponta da relação estabelecida.

Antes de se chegar aos casos mais extremos, usualmente tem lugar discursos duros, carregados de preconceito e de injustificável carga ofensiva que, não contidos, vão se tornando mais contundentes a ponto de ensejar uma agressão física, uma violência moral intensa ou, em muitos casos, tragédias que significam a perda de vidas humanas. Todos os dias, em todos os lugares e ao longo de toda a história, discursos que disseminam o ódio e a intolerância sempre foram praticados e esse triste cenário não é diferente na atual quadra da história. Uma busca aleatória na rede mundial de computadores possibilita localizar dados alarmantes para o ano de 2018 no Brasil, como a indicação da elevação em 56% dos casos de intolerância religiosa no Rio de Janeiro em comparação com o primeiro trimestre de 2017<sup>1</sup> e a consolidação de números recordes no ano de 2017 de mortes decorrentes de homofobia e transfobia (445 mortes em 2017, o que equivale a uma morte a cada 19 horas<sup>2</sup>). O maior número nos 38 de existência do Grupo Gay da Bahia (fonte dos dados) comprova que, lamentavelmente, somos um país de preconceitos.

A despeito de ser certo que o discurso de ódio sempre existiu, o que constitui novidade são os impactos que a internet e especialmente as redes sociais geram sobre a intensidade e a maneira de sua disseminação. Confortáveis em seus *clusters* (ou bolhas)

e sob o olhar direto de pessoas que compartilham dos mesmos pontos de vista, o autor do discurso de ódio perde o senso crítico e qualquer autocontenção e se deixa levar por um efeito manada virtual. Cria-se uma rede de apoio mútuo às idéias que pregam o ódio e a intolerância, dando aos autores dos discursos a sensação de que defendem ideologias majoritariamente aceitas e, com isso, passam a pregar na vida *on line* aquilo que não ousavam dizer ou fazer na vida *off line* para, adiante e em razão do que é disseminado nas redes, implementar atos efetivos de violência contra os grupos vulneráveis. E se antes do discurso de ódio se dava nas relações intersubjetivas diretas, hoje é possível alcançar com uma única mensagem um número mais elevado de destinatários, vez que os escritos, vídeos e áudios ficam documentados e podem ser acessados e compartilhados por um considerável número de pessoas.

Se o discurso de ódio cabe miseravelmente na vida cotidiana, não é possível imaginar que ele não ocorrerá no palco iluminado do processo eleitoral, de sorte que todos os atores do processo eleitoral devem ter sinceras e profundas preocupações com o tema a fim de que sejam delimitadas fronteiras mais ou menos entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio indigno da tutela estatal.

## **2. Considerações sobre a liberdade de expressão: conceito, finalidades, conflito com outros direitos fundamentais e o descumprimento de sua finalidade social**

A liberdade de expressão é fortemente consagrada na ordem jurídico-constitucional brasileira e no cenário internacional, podendo ser tratada (sinteticamente e em uma das inúmeras perspectivas possíveis) como um direito fundamental que assiste a qualquer pessoa de expressar pontos de vista, idéias, pensamentos e opiniões sem estar vulnerável à censura ou retaliação do Estado ou de seus pares. Toda forma de exteriorização de um pensamento deve ser objeto de proteção, englobando as manifestações verbais, escritas e até mesmo gestuais. É essa amplitude da liberdade de expressão - que se entrelaça com a liberdade de imprensa, artística e cultural - que autoriza dizer que existe uma liberdade de comunicação, conforme lição de José Afonso da Silva (2000, p. 247).

A liberdade de expressão, após a própria vida, é certamente o direito fundamental que mais se liga à condição humana porque o refinamento da comunicação é uma das marcas distintivas do homem com relação aos demais seres vivos, além de ser imprescindível ao convívio social e ao exercício de inúmeros outros direitos. É somente em ambiente da livre circulação de idéias que o ser humano pode adquirir conhecimento, buscar a verdade ou, se esse for seu desejo, abrir mão das potencialidades que poderia desenvolver.

A liberdade de expressão visa cumprir cinco finalidades primordiais, a saber, (a) assegurar a autossatisfação pessoal do indivíduo; (b) permitir o avanço do conhecimento e possibilitar a descoberta da verdade, (c) representar uma forma de garantir a democracia, (d) determinar a manutenção do balanço entre a estabilidade e a mudança da sociedade; (e) e ainda representar um incentivo ao desenvolvimento e tolerância (MARTINS NETO, 2008).

A autossatisfação pessoal do indivíduo reside no fato de que, sendo o ser humano eminentemente social, assegurar a possibilidade de sua comunicação com outro é uma verdadeira necessidade (SARMENTO, 2006) que se relaciona intrinsecamente com a

dignidade humana. Obstar a efetivação da livre expressão, nessa perspectiva, equivale a aniquilar a capacidade e possibilidade da pessoa realizar-se como ser humano.

A segunda finalidade da liberdade de expressão consiste em permitir o avanço do conhecimento e possibilitar a descoberta da verdade. Desde os tempos de John Stuart Mill (1992) se prega a aceitação da livre circulação de todas as idéias, ainda que elas possam parecer *heréticas*, porque elas podem conter, ao menos em parte, alguma verdade de sorte que obstá-las implicaria na perda da oportunidade de corrigir algum erro. A liberdade de expressão seria um instrumento para a obtenção de respostas mais adequadas aos problemas da sociedade (SARMENTO, 2006, p. 29), nada obstante seja cabível severa crítica quanto à *prevalência* da verdade porque o acesso aos meios de comunicação mais eficientes é dispendioso e não igualitário, de sorte que a ausência do Estado na regulação desse acesso pode excluir o discurso público dos grupos sociais menos abastados. Aqui fica potencializado o *efeito silenciador do discurso* (*the silencing effect of speech*) daqueles que têm maior acesso aos meios de comunicação em detrimento dos que não têm (FISS, 2005, p. 47/48). A voz das minorias fica calada pelo barulho da expressão daqueles que estão em posições mais favorecidas porque são os grupos dominantes que têm acesso majoritário à televisão, ao rádio, além de influenciar a pauta jornalística.

A terceira finalidade da liberdade de expressão é garantir a representação democrática adequada e parte da noção de que a realização de eleições periódicas não basta para a concretização dos valores democráticos, sendo necessário que o cidadão possa participar de forma isonômica e efetiva na formação da vontade do Estado, o que se dá pela possibilidade de exprimir suas idéias e de se instruir para que possa compreender os atos e políticas do Estado.

A quarta finalidade é a manutenção da balança entre a estabilidade e a mudança da sociedade e decorre da observação de que, numa sociedade em que haja a livre circulação de idéias - sem repressão das opiniões divergentes e sem censura - há maior probabilidade de vicejar a harmonia, a paz social e a estabilidade. Esse ambiente possibilita que opiniões minoritárias, discutidas sem embaraços e longe do preconceito, possam vencer resistências e obter adesões a ponto de serem vitoriosas, o que estimula a opção pela discussão pública no lugar do emprego de qualquer outro processo violento. Umbilicalmente ligada a essa finalidade aparece a quinta e última, que é o incentivo ao desenvolvimento e à tolerância que naturalmente ocorre quando aqueles que têm pontos de vistas antagônicos aceitam conviver no mesmo espaço. O hábito de ouvir posições e idéias variadas possibilita a criação de uma cultura de tolerância que gera aceitação à diversidade em geral, trazendo consistentes ganhos para uma sociedade plural pelo estímulo à experiência de repensar uma tese ou uma idéia.

Mas apesar da sua inequívoca importância e da sua posição sobranceira no rol dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão - assim como todos os outros direitos (TAVARES, 2015, p. 528) - não se reveste de caráter absoluto e encontra contenções no próprio Texto Constitucional, podendo ser lembrados aqui os efeitos limitadores que decorrem da proteção constitucional aos direitos de personalidade (art. 5º, V e X da CF/88), a necessidade de respeito ao conjunto de princípios que caracteriza a dignidade da pessoa (art. 1º, III da CF/88), a vedação à discriminação atentatória a direitos e liberdades individuais (art. 5º, XLI da CF/88) e tantas outras normas constitucionais que serão mencionadas ao longo desse trabalho.

Realmente, nas situações de conflitos entre a liberdade de expressão e direitos de personalidade, os critérios tradicionais de solução de antinomias - relacionados a hierarquia, especialização e tempo - não dão resposta para a situação porque há contraposição de princípios constitucionais relacionados a direitos fundamentais que têm o mesmo *status* jurídico e estão no mesmo patamar axiológico. Nesse cenário ganha importância a *técnica* da ponderação como forma de solucionar casos difíceis não resolvidos pela subsunção, que exige o exame dos fatos e das circunstâncias (já que os princípios, a despeito de terem uma existência autônoma, ganham densidade de acordo com os casos concretos) para saber qual princípio deve prevalecer. Nesse embate entre os princípios, devem ser considerados fatores como a veracidade dos fatos, a licitude do meio de obtenção da informação, a personalidade pública ou privada da pessoa objeto do ato de comunicação, o local e a natureza dos fatos, a existência de interesse público na matéria e até mesmo a preferência por sanção posterior e não prévia. Na aplicação da técnica de colisão de princípios, deve-se considerar que a liberdade de expressão assume um papel preferencial (*preferred position*), o que não impede que excessos sejam reconhecidos e coarctados pelo Poder Judiciário.

A miríade de precedentes recentes do STF e do TSE que indica a prevalência da livre manifestação do pensamento sobre direitos da personalidade nos casos em que haja evidente interesse público, com reiteradas menções ao magistério de Cass Sustein (1995), não retrata uma hierarquia de princípios, mas denota que um discurso deve cumprir uma finalidade social porque nem todo ato de comunicação é dotado de valor expressivo digno da tutela do Estado. Se não há comunicação a ser protegida em gritos mentirosos de fogo num recinto público ou na denúncia sabidamente mentirosa de um crime à autoridade policial, não se pode negar que o discurso que prega o ódio e a intolerância e incita a violência não pode e não deve ser admitido pela ordem jurídico-constitucional vigente.

Resta perquirir, assim, sobre quais seriam os requisitos caracterizadores do discurso de ódio.

### **3. O discurso de ódio: conceituação, os modelos de tratamento da matéria e sua conformação no direito brasileiro**

Discurso de ódio é toda manifestação que faz apologia ao ódio, ao desprezo e à discriminação de grupos de pessoas determináveis em razão de características em comum relacionadas a crenças, condição social ou econômica, orientação sexual, gênero, cor, etnia e outros. Por ele, busca-se segregar e estigmatizar algum grupo vulnerável, estimulando a violência física ou moral contra as suas vítimas na medida em que propaga a idéia, de forma aberta ou velada, de que a sociedade estaria melhor na ausência daquelas pessoas.

Para Alvaro Paul Diaz (2011, p. 575) o discurso de ódio precisa ir além de uma antipatia e indicar hostilidade contra um determinado grupo, cabendo lembrar que Rosenfeld (2001) admite a existência do *hate speech in form*, que é aquele mais claro e que ocorre com a explícita manifestação odiosa, além do *hate speech in substance*, que é aquele

que se apresenta disfarçado por argumentos de proteção moral ou social mas que, na realidade, apenas visa instigar o ódio e depreciar o grupo afetado.

No direito comparado, observa-se o compromisso de importantes democracias em combater essa gravíssima forma de discriminação, podendo ser mencionado como exemplo o caso da Alemanha, cujo Código Penal tipifica como crime incitar ódio contra seguimento da população e proíbe a apologia ao nazismo, além da recente NetzDG, que no âmbito da internet exige que toda plataforma com mais de milhões de usuários tenha forma de denunciar e excluir conteúdo potencialmente ilegal.

A Alemanha retrata um modelo – certamente concebido em razão dos traumas da experiência nazista – que busca oferecer um tratamento criminalizante ao discurso de ódio já no plano normativo ao considera-lo com uma difamação coletiva (BRUGGER, 2007, 136). É suficiente o exame do conteúdo do discurso, não sendo necessário que exista, no plano empírico, qualquer atitude que indique a iminência de acontecer um ataque severo ao grupo ou qualquer forma de violência.

Nos Estados Unidos – certamente o país onde se defende com maior vigor a prevalência do *free speech* em relação aos direitos de personalidade - julgados relevantes da Suprema Corte sobre o *hate speech* indicam que somente haverá possibilidade de restrição à liberdade de expressão nas hipóteses em que existir incitação à violência (SARMENT, 2006, p. 63) porque o modelo ali adotado baseia-se na neutralidade do Estado, que não deve dizer de antemão se um discurso é bom ou ruim. A intervenção estatal somente deve se dar em casos de perigo claro e concreto de que uma ação violadora de direito fundamental venha acontecer

Existe uma clara distinção quanto ao tratamento do discurso de ódio nos Estados Unidos e na Europa: no velho continente é suficiente o discurso impregnado de ódio e discriminação que passa a ser tratado como uma verdadeira difamação coletiva, ao passo que nos Estados Unidos a intervenção em desfavor da liberdade de expressão exige o *clear and presente danger* (MEYER-PLUGT, 2009, p. 139).

No Brasil são abundantes as prescrições da Constituição Federal que justificam o combate intransigente ao discurso de ódio (art. 1º, III; do art. 3º, I e III; art. 5º, *caput*, XLI e XLII da CF/88). A ordem jurídico-constitucional inaugurada em 1988 reconhece como valores e fundamentos a proteção da dignidade da pessoa humana, o combate a marginalização e a vedação a todos os atos discriminatórios e violadores de direitos e liberdades fundamentais. Não é por outra razão que não a gritante condenação à discriminação que fez o legislador constitucional dispensar o status de imprescritível ao crime de racismo.

Na esfera penal, a L. 7.716/89 tipificou os crimes decorrentes da discriminação ou preconceito por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e foi ao debater a incidência da referida lei penal que o STF julgou o HC 82.424/RS, que é tratado como um importante *leading case* sobre discriminação. Tramite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.582/2014, de autoria da Deputada Federal Maria do Rosário, que pretende tipificar os crimes de ódio e de intolerância, além de criar mecanismos para coibi-los.

Contudo, a demonstração mais clara e contundente do combate ao discurso de ódio no Brasil decorre da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de

Discriminação Racial (Decreto nº 65.810, de 08.12.1969), que em seu art. 4º indica que os Estados signatários condenam toda propaganda que inspirem idéias ou teorias de supremacia ou inferioridade racial; bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), que em seu art. 20.2 proíbe a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência., tendo sido a isonomia entre todas as pessoas reafirmadas pelo art. 26, que veda discriminação decorrente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política etc.

Também não se pode deixar de fazer referência à Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, que apesar de ainda não ter sido ratificada pelo Brasil, deve ser utilizado para o combate ao discurso de ódio por fornecer um conceito jurídico de discurso de ódio e favorecer a construção de um Direito da Antidiscriminação.

#### **4. O discurso de ódio nas eleições brasileiras: o avanço da polarização política e o aumento da hostilidade que exige combate atendo pela Justiça Eleitoral**

É bastante nítido que a ordem jurídica brasileira contém normatização que viabiliza e estimula o combate ao discurso de ódio. Ainda que o princípio da tipicidade possa impossibilitar a persecução penal em muitos casos (como foi dito pelo STF no Inq. 3590), é certo que o conteúdo que rebaixa um grupo vulnerável e instiga o ódio contra o mesmo viola a dignidade da pessoa humana, o que é suficiente para se reconhecer sua antijuridicidade e autorizar medidas judiciais voltadas à remoção do ilícito e ao impedimento de sua repetição.

Rodolfo Viana Pereira (2018), em excelente trabalho sobre o discurso de ódio na propaganda eleitoral, reconhece que a maior parte dos países filia-se ao modelo mais rígido de combate ao *hate speech* (aquele em que basta o conteúdo de ódio presente no discurso). Contudo, entende que, no contexto eleitoral (em que a liberdade de expressão exerce papel predominante para a própria concretização da democracia) e diante da inexistência de histórico de violência real nas disputas eleitorais brasileiras, somente se justificaria a intervenção da Justiça Eleitoral em casos em que, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos, existisse *iminente lawless action*, que seria o perigo real de práticas ilegais.

Essa posição pode ser aceita desde que não se reduza o conceito de *iminente lawless action* ao emprego de violência física, sendo suficiente a violência moral, especialmente num momento em que as agressões físicas decorrentes de posições políticas já são uma infeliz realidade no Brasil.

De fato, é possível visualizar, no cenário brasileiro e mundial, uma tendência aguda à polarização da política em que se formam exércitos de engajados que lutam entre si a fim de fazer prevalecer suas teses, idéias e pontos de vista<sup>3</sup>. Olhado o fenômeno a partir das redes sociais e das novas mídias, estes engajados formam uma esfera pública que, no Brasil, seria composta por cerca de 12 milhões de pessoas que ficaram privadas de qualquer ponte de diálogo ou capacidade de interlocução. Com discursos que reduzem a realidade, estes grupos brigam com aquilo que é apenas uma projeção do adversário (ou um holograma) porque, na realidade, aquele que se coloca no campo mais à direita

desse debate não é um insensível social que apenas quer proteger privilégios históricos, do mesmo modo como aquele que está mais à esquerda não é a favor da corrupção.

O Brasil tem a terceira maior população no mundo nas redes sociais e é um dos maiores usuários do whatsapp<sup>4</sup> (cerca de 120 milhões de pessoas), de sorte que esta esfera pública da internet, pelo poder de influência dos seus componentes, acaba estruturando o debate, produzindo um ambiente tóxico e capaz de contaminar os não-engajados, moldando comportamentos inadequados inclusive no plano empírico. Se até outrora era correto dizer que as eleições no Brasil não tinham histórico de violência, o acirramento entre grupos e correntes políticas indica que se deve ter um cuidado redobrado na atualidade, bastando a lembrança aos atos de hostilidade (arremesso de ovos e pedras) praticados contra a caravana do ex-Presidente Lula enquanto percorria o sul do país, que culminou com disparos de arma de fogo contra veículos e agressões físicas contra integrantes do Partido dos Trabalhadores. Na mão inversa de direção, também se pode colocar na conta das discussões políticas extremas a gravíssima agressão sofrida por popular que externou seu apoio à prisão do ex-Presidente em frente ao Instituto Lula.

Não se pode esquecer os intensos (e deploráveis) debates acerca do assassinato da vereadora carioca Marielle Franco, com manifestações de homofobia, racismo e acentuado viés ideológico, demonstrando intolerância no confronto de opiniões diante de um episódio de extremada violência.

Há, portanto, razões para que seja ligado o sinal de alerta a fim de se evitar que a já elevadíssima temperatura dos embates políticos suba ainda mais com a aproximação das eleições. Assim, existindo a proliferação de discurso de ódio na propaganda eleitoral ou para fins de propaganda eleitoral, cabe à Justiça Eleitoral fazer a imediata intervenção a fim de fazer cessar e remover o ilícito, sendo desnecessário que se indique que, a partir ou em razão daquele discurso, poderá haver efetiva violência física.

O dano deve ser analisado a partir do discurso em si e não de efeitos concretamente produzidos, o que justifica uma *reabilitação* dos controvertidos artigos 242 e 243 do Código Eleitoral. Se antes as normas que encontravam inspiração na Lei de Segurança Nacional produzida nas sombras do período de exceção eram vistas com reserva na entrega a prestação jurisdicional pela Justiça Eleitoral, a proibição aos meios de propaganda que empreguem meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais deve ser invocada agora para se obstar o discurso de ódio nas eleições (art. 242 do CE). O art. 243 do Código Eleitoral é também um valiosíssimo reforço no combate ao discurso de ódio porque ele é de meridiana clareza ao reconhecer o caráter ilícito da propaganda que que estimular processos violentos para a subversão da paz social, pregar preconceitos de raça ou de classes (art. 243, I), que representar incitação de atentado contra pessoas ou bens (art. 243, III) ou que caluniar, difamar ou injuriar qualquer pessoa (art. 243, IX). Cabe frisar ainda que, numa interpretação sistemática e teleológica a partir da dignidade da pessoa humana, da inadmissão aos atos discriminatórios em geral e das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário (já indicadas alhures), deve-se reconhecer não apenas a incompatibilidade da propaganda discriminatória com relação a raça ou classes, mas também daquela que traga qualquer outro tipo de discriminação, incluindo orientação sexual, religião e qualquer outra.

Como já dito, não é necessário que exista evidência de que o discurso poderá gerar no plano empírico um ato de violência física. É suficiente o exame da comunicação feita

que, se tiver o condão de estimular a animosidade, o preconceito e incitar atentados, deverá ser prontamente desautorizado pela enérgica atuação da Justiça Eleitoral.

É tradicional a visão de que se deve admitir o discurso político duro, áspero, abrasivo na medida que a crítica é a tônica do processo eleitoral e favorece o processo de tomada de decisão do eleitor. Mas deve ser lembrado que essa postura de tolerância pode ser cobrada dos homens públicos e dos postulantes de mandatos eletivos, não se podendo extrair dessa posição favorável à fluidez do discurso qualquer condescendência com ataques que pregam a discriminação e o rebaixamento de um grupo. Admite-se a discussão de políticas públicas, mas não se admite a dispersão do ódio contra qualquer grupo.

Assim, por exemplo, caberá no debate eleitoral discussões como políticas de cotas, pregando-se o acerto ou o desacerto, a conveniência ou a inconveniência de se adotar ou manter tais políticas. Mas não deverá ser admitido o discurso que apenas busca estigmatizar e depreciar um grupo já vulnerável, instigando ódio ou violência.

Rodolfo Viana Pereira (2018) defende que para combater um discurso, nada melhor do que mais discurso. Sem dúvida que essa seria a melhor opção. Todavia, e como já exposto no início deste trabalho, existem disfuncionalidades no acesso aos meios de comunicação obstativas à autodefesa satisfatória dos atingidos. Além de terem escassos recursos financeiros para estabelecer uma estratégia eficiente de comunicação, grupos vulneráveis como negros, índios, mulheres e o público GLBT usualmente são minorias entre os atores do processo político-eleitoral brasileiro e encontram dificuldades para impor a defesa mais contundente de seus direitos pelo temor de dirigentes partidários de perder votos em razão de pautas *delicadas* que, sendo contramajoritárias, nem sempre agradarão a maior parte do eleitorado.

Se a voz do oprimido não se equaliza ao volume da voz de seu opressor, torna-se necessário que a Justiça Eleitoral, mesmo que respeitando a tradicional premissa de realizar a mínima intervenção no debate eleitoral, atue firmemente sempre que diagnosticar qualquer propaganda eleitoral ou ato visando propaganda eleitoral que tenha o potencial de ofender, rebaixar, degradar, discriminar, pregar violência ou estigmatizar um grupo vulnerável. Ainda que falhem os colegitimados ativos para as ações eleitorais (a saber, partidos políticos, coligações, candidatos e Ministério Público Eleitoral), deve ser admitido que qualquer pessoa que se julgue afetada pelo discurso dê notícia da grave irregularidade à Justiça Eleitoral que, ainda que *ex officio* e em razão do exercício do poder de polícia, deve fazer cessar o conteúdo incompatível com a ordem jurídica vigente, sem prejuízo ainda de que outras pretensões (como a indenização por danos morais coletivos) sejam demandas perante a Justiça Comum.

## 5. Conclusões

Por tudo o que foi dito acima, pode-se concluir que a liberdade de expressão, conquanto seja modeladora dos regimes democráticos, não é absoluta e comporta restrição em determinadas condições. E uma das situações que se legitima a sua limitação é o discurso de ódio, que ocorre quando se prega a discriminação, o estigma, a hostilidade e o ódio contra qualquer grupo determinável de pessoas.

No cenário brasileiro, normas constitucionais consagradoras da dignidade da pessoa humana e da vedação à discriminação, além de convenções internacionais levam à conclusão que o discurso que promove o ódio se reveste de antijuridicidade e merece a

reprimenda do Estado-Juiz e forma que, toda vez que a pregação do ódio acontecer na propaganda eleitoral, a competência para reprimir essa ordem de ilícitos será da Justiça Eleitoral.

Ainda que a Justiça Eleitoral defenda a possibilidade de crítica mais acentuada no período eleitoral e mesmo que atue guiada pela ideia da mínima intervenção possível, a escalada a polarização política no Brasil e no mundo e o incremento dos atos de violência (física e moral) decorrentes de posições políticas demonstram que, diante de um discurso de conteúdo eleitoral que tenha o condão de patrocinar a discriminação, o ódio e a violência, deve a Justiça Especializada atuar fortemente na sua contenção, não devendo ser complacente com a disseminação do ódio que somente destrói.

É certo que, no cenário ideia e de pleno funcionamento das engrenagens sociais, seria recomendável que se combatesse discurso com mais discurso. Contudo, considerando-se a existência de grupos vulneráveis e desprovidos de meios eficazes de promover sua autodefesa, deve-se reconhecer que existem franjas de discursos que não merecem ser tutelados pela liberdade de expressão.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Regis de Castro. *Kant. A liberdade e o indivíduo e a república*. In: WEFFORT, Francisco C. (Org). Os Clássicos da Política, 11ª edição. São Paulo: Ática, 2008, vol.2.

BRUGGER, Winfried. *Proibição ou Proteção do Discurso de Ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e americano*. In: *Direito Público*. Brasília, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/521/537>>. Acesso em: 20.06.2018.

DIAZ, Alvaro Paul. *La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada*. *Revista Chilena de Derecho*, v. 38, n. 2, p. 503-609. 2011.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HIJAZ, Taliani Fátima. *O discurso de ódio racional como limitação à liberdade de expressão no Brasil: o caso das bandas White power*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a5ccbf4f58f04a81> acesso em 20.06.2018.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. BARROS, Alberto da Rocha. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral*. In: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). *Direitos Políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*. Vol. I. Belo Horizonte: IDDE, 2018, p.221-240.

SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão e o problema do 'Hate Speech'*. In Daniel Sarmento, blog do autor, 2006. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/a-liberdade-expressao-e-o-problema-do-hate-speech.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2018.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade da norma constitucional*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUSTEIN, Cass. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1995.

ROSENFELD, Michel. *Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis*. *Public Law Research Paper*, n. 41, Cardozo Law School, abr. 2001.

Disponível em: <[http:// papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=265939)>. Acesso em: 4 mar. 2015.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

---

<sup>1</sup> <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-05/casos-de-intolerancia-religiosa-sobem-56-no-estado-do-rio>>: Acesso em: 21.06.2018

<sup>2</sup> <<https://oglobo.globo.com/opinioao/explosao-de-intolerancia-22729679>> :Acesso em: 21.06.2018

<sup>3</sup> <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/pablo-ortellado/2018/02/polarizacao-na-internet-nao-parece-ser-causada-pelas-bolhas.shtml>> : Acesso em: 20.06.2018.

<sup>4</sup> <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-terreno-fertil-a-desinformacao-dizem-especialistas,70002213869>> :Acesso em: 20.06.2018.

## **AÇÃO RESCISÓRIA ELEITORAL**

### **ELECTORAL RESCURATION ACTION**

#### **Marcus Elídus Michelli de Almeida**

Marcus Elídus Michelli de Almeida: Advogado graduado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre e Doutor pela PUC/SP; Especialização em Direito Empresarial Europeu pela *European University* de Portugal; Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP e FAAP - Juiz Efetivo do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo.

#### **Estela Cristina Lutzer Thomaz**

Advogada graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC); Especializanda em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

#### **RESUMO**

Definição e evolução histórica do instituto nos códigos de 1939, 1973 e 2015. Sua previsão no novo Código de Processo Civil. Cabimento da Ação na seara Eleitoral. Jurisprudência. Juízo e Legitimidade. Prazo

Palavra-chave: Ação Rescisória Eleitoral. Hipóteses. Competência, Cabimento. Previsão

#### **ABSTRACT**

Definition and historical evolution of the institute in the codes of 1939, 1973 and 2015. Its prediction in the new Code of Civil Procedure. Fitting the Action in the Electoral Chamber. Jurisprudence. Judgment and Legitimacy. Deadline

Keyword: Electoral Resignation Action. Hypotheses. Skill, Fitting. Prediction

## **AÇÃO RESCISÓRIA ELEITORAL**

**SUMÁRIO:** Apresentação. 1 Definição. 2 Evolução Histórica3  
Ação Rescisória no Atual Código de Processo Civil. 3.1 Objeto  
da Ação Rescisória. 3.2 Cabimento da Ação Rescisória. 3.3 Juízo  
Competente. 3.4 Legitimidade. 3.5 Prazo da Ação Rescisória.  
Referência Bibliográfica

### **Apresentação**

O presente artigo tem por objetivo enfrentar o instituto da Ação Rescisória Eleitoral, desde a questão histórica até as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Longe de tentar esgotar o tema o que se busca é dar uma visão ampla da matéria, verificando o objeto da ação, seu cabimento, juízo competente, legitimidade e prazo.

Por fim enfrentamos algumas questões polêmicas ligadas ao tema e propostas soluções para dirimir as controvérsias.

### **1.Definição**

A ação rescisória sempre teve por finalidade desconstituir uma sentença já transitada em julgado para ser proferido novo julgamento.

Conforme conceito de Pontes de Miranda<sup>1</sup>, ação rescisória é:

*“Julgamento de Julgamento. Na ação rescisória há julgamento de julgamento. É, pois, processo sobre outro processo. Nela e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue. É remédio jurídico processual autônomo. O seu objeto é a própria sentença rescindenda – porque ataca a coisa julgada formal da sentença – a sententia lata et data. Retenha-se o enunciado: ataque à coisa julgada formal.”*

---

<sup>1</sup> Miranda, Pontes de. *Tratado das Ações*: tomo 4. 1ª ed. São Paulo/Campinas. Bookseller: 1998, p. 495.

Nas lições de José Carlos Barbosa Moreira<sup>2</sup>, a ação rescisória é “ação por meio da qual se pede a desconstituição da sentença transitada em julgado, com eventual rejulgamento, a seguir, da matéria nela julgada”.

## 2. Evolução Histórica

A ação rescisória tem origem no direito romano<sup>3</sup>. Segundo Pontes de Miranda<sup>4</sup>, a rescisão de sentenças originou-se ligada aos negócios jurídicos em geral e, através dos tempos, concretizou-se que sentença e ato jurídico como fatos de natureza diferentes<sup>5</sup>. Continua o autor dizendo que houve um balanço entre *ius civile* e *ius gentium*. O primeiro extremamente formalista, que “sacrificava o fundo à forma”, ou seja, que permitia que a formalidade do ato prevalecesse sobre a verdade nele contida, e o segundo - *ius gentium* - que preteriria a verdade dos atos acima da forma.

Neste cenário em que era frequente o conflito de atos civilmente ineficazes, contra a verdade neles contida e de atos civilmente válidos de conteúdo iníquo surge a ideia de *restituere*.

Primeiro, as decisões haviam de ser rescindidas pelo pacificador (um terceiro); depois o príncipe concedeu a rescisão, posteriormente fora estendido tal poder ao Pretor que, conforme Pontes de Miranda “Foi mesmo ao ponto de criar ações”, depois ao presidente, ao procurador de César e aos mais magistrados, mas só quanto às suas decisões, e quando houvesse grande dano ou risco de dano, e quando não havia outro meio de reparar ou prevenir o dano, ou seja, em que pese muitas mudanças jurídicas tenham ocorrido ao longo do tempo, pode se dizer que, já em seu nascedouro, era medida excepcional.

Conforme Barbosa Moreira, a inobservância das regras processuais mais importantes e também, em casos excepcionais, o *error in iudicando*, não precisavam ser atacados por meio de recursos, nem mesmo por ação autônoma, era determinada pura e simplesmente a *inexistência jurídica*, na qual era declarada a “nulla sententia” em que “nulla” significava “nenhuma”. Essa inexistência jurídica podia ser alegada a qualquer momento.

---

<sup>2</sup> Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*: vol 2. 23ª ed. Atlas: São Paulo, 2014, p.14, apud Moreira, Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p.90.

<sup>3</sup> Barbosa José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2008, p. 101.

<sup>4</sup> Miranda, Pontes de. *Tratado das Ações*: tomo 4. 1ª ed. São Paulo/Campinas, Bookseller: 1998, p. 495

<sup>5</sup> O autor faz, nesse momento, a observação de que em que pese negócio jurídico e sentenças fossem fatos de diferente natureza, ambos são prestações oriundas de ato jurídico.

Vale dizer que a apelação era usada para ataque da sentença injusta, e não contra a decisão processualmente defeituosa, embora algumas obras ensinem que a apelação era também usada para a declaração de uma nulidade.

Portanto, o sistema àquela época era o de sentenças *nulleae*, o que seria uma sentença declarada inexistente<sup>6</sup>.

Ainda, de acordo com Barbosa Moreira, foi no direito intermédio<sup>7</sup>, nos estatutos italianos, por influência dos elementos germânicos misturados aos de origem romana que fora criado remédio para o ataque de *error in procedendo*<sup>8</sup>; A *querela nullitatis*, que era exercida de modo autônomo, que comportava as modalidades *sanabilis* e *insanabilis*. A *querela nulitatis sanabilis*, na maioria dos ordenamentos europeus, foi absorvida pela apelação e, a *querela nulitatis insanabilis*, conforme Barbosa Moreira, acabara desaparecendo de modo que os motivos de invalidação da sentença passaram a ser alegadas por meio de recurso, sob pena de preclusão com o esgotamento das vias recursais.

Entretanto, embora a ausência de previsão expressa de *querela nulitatis insanabilis* e a posição adotada pelo ilustre doutrinador acima supracitada, é possível ver a presença desse remédio sendo aceita pela jurisprudência nos casos de defeito na citação. Entretanto, nota-se que não impugna a inexistência da sentença em função do defeito na citação, mas sim de nulidade.

*Representação. Propaganda eleitoral irregular. Multa. Condenação. Trânsito em julgado. Posterior alegação. Citação válida. Ausência. Relação processual. Inexistência. Querella Nullitatis. Admissão. Previsão legal. Ausência. Processo eleitoral. Garantia. Direito constitucional de ação. Interesse de agir.*

---

<sup>6</sup> Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*: das sentenças e de outras decisões (atualizado por Nelson Nery Junior & Georges abboud). 1ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2016, p. 129

<sup>7</sup> O Direito Intermédio começa entre os anos 466 e 484, quando Eurico fez publicar a *Lex antiqua Visigothorum*. Durante esta época foi promulgada farta e relevante legislação civil, sendo grande a contribuição do Direito Medieval e do Direito Canônico.

<sup>8</sup> “Como se sabe, erro no julgamento ocorre quando o conteúdo do ato ofende a lei, ao passo que o erro no procedimento se dá quando a forma estabelecida legalmente para a feitura do ato é desprezada.” Miranda, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*: das sentenças e de outras decisões (atualizado por Nelson Nery Junior & Georges abboud). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 159.

1. *É possível a propositura da querella nullitatis, admitida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, para se argüir a falta de citação válida que constitui vício insanável.*
2. *Nessa hipótese, a falta de previsão legal não pode obstar que o cidadão exercite o direito de ação assegurado constitucionalmente, na medida em que a ausência de citação é um vício que afronta radicalmente o devido processo legal.*
3. *Evidencia-se o interesse de agir da parte em evitar uma eventual inscrição de débito na dívida ativa e o início do processo de execução relativa à cobrança da multa imposta na representação eleitoral, uma vez que efetivamente haveria prejuízos se esses procedimentos se realizassem, entre os quais a restrição de crédito em razão da inscrição no Cadastro Informativo de créditos não quitados com o setor público federal (Cadín) e a limitação de contratação com o poder público<sup>9</sup>. (grifo nosso)*

RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE JULGAMENTO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. "QUERELA NULITATIS INSANABILES". SENTENÇA QUE DECLAROU NÃO PRESTADAS AS CONTAS RELATIVAS À CAMPANHA DE 2012. IRREGULARIDADE NA CITAÇÃO/NOTIFICAÇÃO. AFASTADA. SENTENÇA. PUBLICADA EM CARTÓRIO E NO DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICA - DJE. AUTOR SEM ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS DA PRESTAÇÃO DE CONTAS. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL OU POR CARTA REGISTRADA COM AVISO DE RECECIMENTO - AR. NULIDADE RECONHECIDA. DETERMINAÇÃO PARA REABERTURA DO PRAZO RECURSAL NOS AUTOS DA PRESTAÇÃO DE CONTAS. RECURSO PROVIDO EM PARTE. AÇÃO JULGADA PARCIAL MENTE PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÕES. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. DESPROVIMENTO.<sup>10</sup>

1. A teor do art. 50, III, da Lei 12.016/2009 e da Súmula 268/STF, não cabe mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado.
2. **Eventual ilegalidade do ato de citação deve ser discutida em sede de querela nulitatis.** Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
3. Agravo regimental a que se nega provimento, prejudicado o pedido de reconsideração<sup>11</sup>. **A ação de querela nullitatis é remédio**

---

<sup>9</sup> Ac. nº 21.406, de 15.4.2004, rel. Min. Fernando Neves.

<sup>10</sup> <sup>1</sup> TRE-SP - RE: 49417 GUARUJÁ - SP, Relator: MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 07/03/2017, Data de Publicação: DJESP - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-SP, Data 14/03/2017

<sup>11</sup> Ac. de 24.10.2014 no AgR-MS nº 147934, rel. Min. João Otávio de Noronha.

***vocacionado ao combate de sentença contaminada pelos vícios mais graves dos erros de atividade (errores in procedendo), nominados de vícios transrescisórios, que tornam a sentença inexistente, não se sanando com o transcurso do tempo***<sup>12</sup>. (grifo nosso)

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONTAS DESAPROVADAS COM DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO AO TESOIRO NACIONAL. VALORES DE ORIGEM NÃO IDENTIFICADA. CAMPANHA DE 2014. DEPUTADO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE FALHA OCORRIDA NA ANÁLISE -DAS CONTAS POR PARTE DO ÓRGÃO TÉCNICO DESTE E. TRIBUNAL. FATO QUE NÃO SE AMOLDA NAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA REFERIDA AÇÃO. SITUAÇÃO QUE AUTORIZA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA (ART. 966, VIII, DO CPC), QUE, CONTUDO, SOMENTE É CABÍVEL CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E QUE VERSE SOBRE INELEGIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 22, I, "J", DO CÓDIGO ELEITORAL. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, VI, DO CPC.**<sup>13</sup>

Neste ponto, Pontes de Miranda<sup>14</sup>, faz distinção entre as decisões inexistentes, nulas e rescindíveis, sendo que as decisões inexistentes e as nulas *ipso iure* (nulas de pleno direito) não transitam em julgado uma vez que, aquilo que é nulo, aquilo que não existe, não pode produzir efeito. Já as decisões rescindíveis existem, são válidas, mas somente se desfazem por meio de ação rescisória.

Esmiuçando o pensamento, Liebman<sup>15</sup> explica que a sentença inexistente consiste em hipótese muito mais teórica do que prática, que só ocorreria quando ausentes os elementos estruturais mínimos para a formação de uma sentença. Esses elementos estruturais mínimos são, segundo o autor; pronunciamento de sentença por juiz; sentença

---

12 <sup>1</sup> REsp 1201666/TO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 04/08/2014

13 <sup>1</sup> PETIÇÃO N 9442-75.2016.6.26.0000 - CLASSE N924 - SÃO PAULO - SÃO PAULO, julgado 14 de julho de 2017.

14 <sup>1</sup> Miranda, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*: das sentenças e de outras decisões (atualizado por Nelson Nery Junior & Georges abboud). 1ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2016, p. 128.

15 <sup>1</sup> Miranda, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*: das sentenças e de outras decisões (atualizado por Nelson Nery Junior & Georges abboud). 1ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2016, p.129. Apud Liebman, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1980. t. I, n. 124, p. 241-242.

que não contenha julgamento; partes e/ou documento escrito. Daí porque a ideia de sentença inexistente é claramente inaplicável, uma vez que para que ocorra o trânsito em julgado, são necessários estes e outros mais elementos. A sentença inexistente, portanto, não poderia, em qualquer hipótese, produzir nenhum efeito, uma vez que não há elementos estruturais necessários à sua existência.

Nesse sentido, Freitas Câmara<sup>16</sup> ensina que a ação rescisória não pretende a anulação de sentença (diferentemente da *querela nullitatis*), mas especificamente a rescisão, pois se trata de sentença transitada em julgado que possui vício expressamente elencado em lei, que autoriza a rescisão da decisão, surgindo a partir desta, um novo processo, distinto daquele em que fora prolatada a sentença rescindenda.

Neste sentido andou o entendimento legislativo ao substituir a expressão “nula” do art. 798 do Código de Processo Civil de 1939, pela expressão “... pode ser rescindida...” no art. 485 do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que seria uma imprecisão técnica. O entendimento legislativo perdura também no atual diploma, veja:

| CPC 1939                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | CPC 1973                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | CPC 2015                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Art. 798. Será <b>nula</b> a sentença:<br/>I – quando proferida: (grifo nosso)</p> <p>a) para juiz peitado, impedido, ou incompetente racione material e;<br/>b) com ofensa à coisa julgada;<br/>c) contra literal disposição de lei.<br/>II – quando o seu principal fundamento for prova declarada falsa em Juízo criminal, ou de falsidade inequívocamente apurada na própria ação rescisória.</p> | <p>Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, <b>pode ser rescindida</b> quando: (grifo nosso)</p> <p>I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;<br/>II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;<br/>III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;<br/>IV - ofender a coisa julgada;<br/>V - violar literal disposição de lei;<br/>VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação</p> | <p>Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, <b>pode ser rescindida</b> quando: (grifo nosso)</p> <p>I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;<br/>II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;<br/>III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;<br/>IV - ofender a coisa julgada;<br/>V - violar manifestamente norma jurídica;<br/>VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido</p> |

16 <sup>1</sup> Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*: vol 2. 23ª ed. São Paulo. Atlas: 2014, p. 14.

|  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|  | <p>rescisória;</p> <p>VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;</p> <p>VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;</p> <p>IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;</p> <p>§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.</p> <p>§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.</p> | <p>apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;</p> <p>VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;</p> <p>VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.</p> |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

### 3. Ação Rescisória no Atual Código de Processo Civil

No atual Código de Processo Civil, a Ação Rescisória foi capitulada entre os artigos 966 a 975, conforme quadro a seguir:

| CPC/1973                                                                                | CPC/1973                                                                                         |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DA AÇÃO RESCISÓRIA                                                                      | DA AÇÃO RESCISÓRIA                                                                               |
| Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:      | Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:                |
| I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;         | I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou prevaricação do juiz; |
| II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;                         | II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;                    |
| III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão | III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou,           |

|                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| entre as partes, a fim de fraudar a lei;                                                                                                                                                                                                                            | ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;                                                                                                                                                                                                                                      |
| IV - ofender a coisa julgada;                                                                                                                                                                                                                                       | IV - ofender a coisa julgada;                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| V - violar literal disposição de lei;                                                                                                                                                                                                                               | V - violar manifestamente norma jurídica;                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;                                                                                                                                         | VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;                                                                                                                                                                      |
| VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;                                                                                      | VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;                                                                                                                 |
| VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;                                                                                                                                                           | -                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;                                                                                                                                                                                         | VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.                                                                                                                                                                                                                                           |
| <p>§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.</p> <p>§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.</p> | <p>§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.</p>                         |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                   | § 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:                                                                                                                                                                  |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                   | I - nova propositura da demanda; ou                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                   | II - admissibilidade do recurso correspondente.                                                                                                                                                                                                                                                              |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                   | § 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.                                                                                                                                                                                                                                |
| Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.                                                                             | § 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.                                                             |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                   | § 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do <b>caput</b> deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que |

|                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                                                                                                                                      | lhe deu fundamento.                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| -                                                                                                                                                                                    | § 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. |
| Art. 487. Tem legitimidade para propor a ação:                                                                                                                                       | Art. 967. Têm legitimidade para propor a ação rescisória:                                                                                                                                                                                                                               |
| I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;                                                                                                     | I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;                                                                                                                                                                                                        |
| II - o terceiro juridicamente interessado;                                                                                                                                           | II - o terceiro juridicamente interessado;                                                                                                                                                                                                                                              |
| III - o Ministério Público;                                                                                                                                                          | III - o Ministério Público:                                                                                                                                                                                                                                                             |
| a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção;                                                                                                          | a) se não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção;                                                                                                                                                                                                              |
| b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.                                                                                                       | b) quando a decisão rescindenda é o efeito de simulação ou de colusão das partes, a fim de fraudar a lei;                                                                                                                                                                               |
| -                                                                                                                                                                                    | c) em outros casos em que se imponha sua atuação;                                                                                                                                                                                                                                       |
| -                                                                                                                                                                                    | IV - aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção.                                                                                                                                                                                                    |
| -                                                                                                                                                                                    | Parágrafo único. Nas hipóteses do <a href="#">art. 178</a> , o Ministério Público será intimado para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.                                                                                                                       |
| Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:                                                                   | Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do <a href="#">art. 319</a> , devendo o autor:                                                                                                                                                     |
| I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;                                                                                                     | I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento do processo;                                                                                                                                                                                                     |
| II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente. | II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.                                                                                                  |
| Parágrafo único. Não se aplica o disposto no nº II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público.                                                                         | § 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça.          |
| -                                                                                                                                                                                    | § 2º O depósito previsto no inciso II do caput deste artigo não será superior a 1.000 (mil) salários-mínimos.                                                                                                                                                                           |
| Art. 490. Será indeferida a petição                                                                                                                                                  | § 3º Além dos casos previstos no <a href="#">art. 330</a> , a petição inicial será indeferida quando não efetuado o depósito exigido pelo inciso II                                                                                                                                     |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| inicial:<br><br>I - nos casos previstos no art. 295;<br><br>II - quando não efetuado o depósito, exigido pelo art. 488, II.                                                                                                                                                       | do caput deste artigo.                                                                                                                                                                                                                                                 |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                 | § 4º Aplica-se à ação rescisória o disposto no <a href="#">art. 332</a> .                                                                                                                                                                                              |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                 | § 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:                                            |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                 | I - não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no <a href="#">§ 2o do art. 966</a> ;                                                                                                                                                         |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                 | II - tiver sido substituída por decisão posterior.                                                                                                                                                                                                                     |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                 | § 6º Na hipótese do § 5º, após a emenda da petição inicial, será permitido ao réu complementar os fundamentos de defesa, e, em seguida, os autos serão remetidos ao tribunal competente.                                                                               |
| Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.                          | Art. 969. A propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória.                                                                                                                               |
| Art. 491. O relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação. Findo o prazo com ou sem resposta, observar-se-á no que couber o disposto no Livro I, Título VIII, Capítulos IV e V. | Art. 970. O relator ordenará a citação do réu, designando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) dias para, querendo, apresentar resposta, ao fim do qual, com ou sem contestação, observar-se-á, no que couber, o procedimento comum. |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Art. 971. Na ação rescisória, devolvidos os autos pelo relator, a secretaria do tribunal expedirá cópias do relatório e as distribuirá entre os juízes que compuserem o órgão competente para o julgamento.                                                            |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Parágrafo único. A escolha de relator recairá, sempre que possível, em juiz que não haja participado do julgamento rescindendo.                                                                                                                                        |
| Art. 492. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator delegará a competência ao juiz de direito da comarca onde deva ser produzida, fixando prazo de 45 (quarenta e cinco) a 90 (noventa) dias para a devolução dos autos.                                   | Art. 972. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a devolução dos autos.                                              |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Art. 493. Concluída a instrução, será aberta vista, sucessivamente, ao autor e ao réu, pelo prazo de 10 (dez) dias, para razões finais. Em seguida, os autos subirão ao relator, procedendo-se ao julgamento:</p> <p>I - no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, na forma dos seus regimentos internos;</p> <p>II - nos Estados, conforme dispuser a norma de Organização Judiciária.</p> | <p>Art. 973. Concluída a instrução, será aberta vista ao autor e ao réu para razões finais, sucessivamente, pelo prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Em seguida, os autos serão conclusos ao relator, procedendo-se ao julgamento pelo órgão competente.</p> |
| <p>Art. 494. Julgando procedente a ação, o tribunal rescindirá a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente a ação, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo do disposto no art. 20.</p>                                                                                                          | <p>Art. 974. Julgando procedente o pedido, o tribunal rescindirá a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito a que se refere o <a href="#">inciso II do art. 968</a>.</p>                                        |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>Parágrafo único. Considerando, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, sem prejuízo do disposto no <a href="#">§ 2o do art. 82</a>.</p>                        |
| <p>Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                      | <p>Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.</p>                                                                                                                       |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>§ 1º Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense.</p>                                              |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.</p>                    |
| -                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <p>§ 3º Nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão.</p>              |

Grande parte das mudanças operadas pelo legislador sobre a ação rescisória traduzem uma compatibilização da legislação com o que já era aceito pela doutrina e jurisprudência, como se verá a seguir.

### 3. 1. Objeto da Ação Rescisória

Rescindível é a decisão de mérito<sup>17</sup>.

Nota-se a mudança legislativa a partir do caput do art. 966 do atual código, que, ao invés de restringir o objeto da ação rescisória à “*sentença de mérito*” como no antigo diploma, utilizou interpretação ampliativa ao dispor o objeto da referida ação como “*decisão de mérito*”.

Essa visão ampliativa adotada no atual diploma albergou entendimento já utilizado pelos tribunais superiores<sup>18</sup>, tal como adotado no seguinte julgado da 3ª turma do STJ, em recurso especial de ação rescisória, que fora proposta em face de decisão interlocutória:

[...]

*A discussão ocorre, apenas, quanto à natureza porventura rescindível do conteúdo dessa decisão. Nesses termos, analisando-se o supra referido trecho do acórdão, tem-se que a solução adotada por este para permitir a rescisão da decisão foi privilegiar o apontado caráter meritório da decisão impugnada e, ao mesmo tempo, relativizar o conceito de 'sentença' como este é dado pelo art. 162<sup>19</sup> do CPC - qual seja, o ato por meio do qual se põe fim ao processo, ou melhor, ato pelo qual se esgota a prestação jurisdicional de primeiro grau.*

[...]

*O acórdão recorrido, portanto, deu interpretação ampliativa ao art. 485<sup>20</sup> do CPC atual, pois este exige, expressamente, a existência de uma sentença de mérito transitada em julgado como pressuposto de admissibilidade da ação rescisória. Em face dos expressos termos do art. 485 do CPC atual, doutrina e jurisprudência, no geral, entendem como possível o juízo rescindendo de decisão interlocutória apenas em situações muito específicas, quais sejam, aquelas nas quais tal decisão rejeita, no mérito, um dos pedidos cumulados do autor, em momento processual anterior à sentença, ou então resolve, também em momento a ela antecedente e por razão de mérito, ação incidental do porte de*

---

17 <sup>1</sup> Moreira, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro. Forense: 2008, p. 109.

18 <sup>1</sup> STJ - REsp: 628464 GO 2003/0231410-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/10/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/11/2006 p. 275 REVFOR vol. 390 p. 423

19 Correspondente ao art. 203 do atual diploma: Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

20 <sup>1</sup> O art. 485 corresponde ao art. 966 do atual diploma.

*uma reconvenção, como relatado, v.g., por Flávio Luiz Yarshell ("Ação rescisória: juízos" rescindente e rescisório". São Paulo: Malheiros, 2005, págs. 184/185). (grifo nosso)*

Portanto, nota-se que decisões judiciais substancialmente de mérito podem ser objeto de ação rescisória, independentemente de serem sentenças ou não, basta ser decisão judicial. Esse é um novo contexto abarcado pelo atual diploma.

Conforme assinala Barbosa Moreira<sup>21</sup>, a decisão rescindenda precisa ser a decisão de mérito transitada em julgado, não necessariamente o vício que lhe imputa.

O art. 487 do Código de Processo Civil insere as hipóteses de decisão de mérito:

*Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:*

*I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;*

*II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;*

*III - homologar:*

*a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;*

*b) a transação;*

*c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.*

*Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do [§ 1o do art. 332](#), a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.*

É sabido que a sentença sem resolução de mérito não impede a propositura da demanda, conforme enunciado do art. 486 do atual CPC:

*Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.*

*§ 1o No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos [incisos I, IV, VI e VII do art. 485](#), a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução de mérito.*

Se antes apenas a perempção, a litispendência e a coisa julgada eram impeditivos para o ajuizamento de nova demanda, agora, juntamente com o posicionamento da doutrina e da jurisprudência, o legislador estendeu a aplicação de norma, que atribui esse efeito impeditivo a outras situações; Nos casos do art. 485, I, IV, VI e VII é necessário correção do vício que levou a sentença sem resolução de mérito.

---

<sup>21</sup> Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 14ª ed. Rio de Janeiro. Forense: 2008, p. 109.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

[...]

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

[...]

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

Assim, levando em consideração o §1º do art. 486 e o art. 966, §2º, incisos I e II, o atual CPC trás regramento inédito ao permitir que seja objeto de ação rescisória decisões sem resolução de mérito, desde que impeçam nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente. O legislador apenas positivou o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que defendia o cabimento de ação rescisória nos casos de sentença que reconhece a perempção, litispendência ou a coisa julgada.

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE DESCONSTITUIR ACÓRDÃO QUE NÃO SE PRONUNCIOU SOBRE O MÉRITO DA DEMANDA. TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Somente é rescindível a sentença de mérito transitada em julgado, não constituindo a ação rescisória via adequada para a rescisão de julgado que se limitou a reconhecer a ilegitimidade passiva das autoridades indicadas como coatoras em mandado de segurança, hipótese que implica a extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC).*

*2. À luz do disposto no art. 268 do CPC, admite esta Corte o cabimento da ação rescisória nas hipóteses em que o juiz acolhe a alegação de perempção, de litispendência ou de coisa julgada.*

*3. A ilegitimidade das partes constitui hipótese de extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, não havendo vedação legal para a propositura de nova demanda, a se permitir o excepcional cabimento da ação rescisória.*

[...] <sup>22</sup>. (grifo nosso)

---

<sup>22</sup> STJ - AgRg na AR: 4222 BA 2009/0046326-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 22/10/2014, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/10/2014

*RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C COBRANÇA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. COISA JULGADA FORMAL. POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE NOVA AÇÃO. DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA.*

*1.- A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a extinção do processo sem julgamento do mérito por falta de legitimidade ad causam não produz coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal, a qual não impede a discussão da matéria em processo diverso. Precedentes.*

*2.- A ação anteriormente proposta pelo autor, igual à ação da qual decorreu o Recurso Especial em análise, sem resolução do mérito, não cria impedimento à propositura de nova ação pelo autor, contra as mesmas partes, sob pena de violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, que assegura o amplo acesso à Justiça. 3.- Recurso Especial provido<sup>23</sup>. (grifo nosso)*

Também, enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis colaboram com o operador do direito a identificar o objeto da ação rescisória em casos em que poderiam surgir dúvidas:

*Enunciado 160. (art. 487, I) A sentença que reconhece a extinção da obrigação pela confusão é de mérito. (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença)*

*Enunciado 161. (art. 487, II) É de mérito a decisão que rejeita a alegação de prescrição ou de decadência. (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença).*

*Enunciado 203. (art. 966) Não se admite ação rescisória de sentença arbitral. (Grupo: Arbitragem)*

É oportuno também destacar que o art. 966, §3º também trás regramento inédito ao permitir apenas um capítulo da decisão que possa ser objeto da ação rescisória, uma vez que a norma restringe a pretensão da ação rescisória à parcela do julgado e não de todo o julgado.

No âmbito da justiça eleitoral, a decisão objeto da ação rescisória eleitoral é exclusivamente aquela oriunda do Tribunal Superior Eleitoral, assunto que será melhor analisado a seguir.

---

<sup>23</sup> STJ - REsp: 1148581 RS 2009/0132622-9, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 24/09/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2013

*ELEIÇÕES 2008. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE RESCISÃO DE SENTENÇA. INCOMPETÊNCIA DO TSE. RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO AFASTAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182 DO STJ.*

*1. Agravo regimental que se volta contra o obiter dictum da decisão agravada sem apresentar nenhum argumento em relação à ratio decidendi, qual seja, a competência do TSE para processamento e julgamento de ação rescisória limita-se à análise dos próprios julgados que tenham declarado inelegibilidade.*

*2. Agravo regimental desprovid<sup>24</sup>o. (grifo nosso)*

Vale salientar que é possível ser objeto de ação rescisória decisão singular lavrada por ministro do TSE desde que o mérito seja apreciado pelo ministro relator.

Em decisão do TSE, pelo Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes, nota-se a seguinte fundamentação sobre o assunto em decisão<sup>25</sup>:

*2. No que concerne ao cabimento de ação rescisória contra decisão monocrática proferida por ministro desta Corte, entendo que assiste razão ao agravante, pelo que, neste ponto, reconsidero a decisão impugnada (art. 36, § 9º, do RITSE).*

*O min. Ricardo Lewandowski, ao julgar monocraticamente esta causa, valeu-se de entendimento consignado no Acórdão nº 364, rel. min. Marcelo Ribeiro, de 19.02.2009, segundo o qual "a ação rescisória somente é cabível para desconstituir decisão colegiada deste Tribunal, que contenha declaração de inelegibilidade".*

*Contudo, além desse precedente ser isolado, verifico que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral sempre entendeu como admissível a propositura de ação rescisória contra decisão singular lavrada por membro desta Corte. Sobre o assunto, há os Acórdãos nos 124, de 14.08.2001, rel. min. Fernando Neves; 251, de 26.06.2007, rel. min. José Delgado; e 333, de 30.10.2008, rel. min. Arnaldo Versiani.*

*Penso que tal entendimento deve prevalecer, pois, se este Tribunal tem competência para processar e julgar pedidos rescisórios de seus próprios julgados irrecorríveis, não há como excluir as decisões monocráticas da referida categoria de ato jurisdicional.*

---

<sup>24</sup> AgR-AR 1436-68, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 22.12.2014

<sup>25</sup> TSE - AgR-AR: 371 AM, Relator: Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Data de Julgamento: 22/06/2009, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 26/6/2009, p. 21-23

***O cabimento de ação rescisória contra decisões monocráticas encontra respaldo, inclusive, na jurisprudência do STF e do STJ, desde que o mérito da questão constitucional ou infraconstitucional devolvida ao tribunal seja apreciado pelo ministro relator.***

*É o que se infere dos seguintes precedentes, mutatis mutandis:*  
AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. REVOLVIMENTO DAS RAZÕES EXPOSTAS NA INICIAL. DECISÃO AGRAVADA, QUE NÃO APRECIOU MATÉRIA DE MÉRITO. NÃO-CABIMENTO. (grifo nosso)

---

AÇÃO RESCISÓRIA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, g, DA LC N. 64 /90. REJEIÇÃO DE CONTAS. TCU. CONVÊNIO FEDERAL. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSITIVO DE LEI. ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL. LC N. 135 /2010. ELEIÇÕES 2010. NÃO APLICAÇÃO. PRECEDENTE STF. REPERCUSSÃO GERAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. REGISTRO DEFERIDO.

***1. É admissível ação rescisória contra decisão singular lavrada por membro desta Corte, desde que apreciado o mérito da causa pelo ministro relator.***

*(...)*

*5. Ação rescisória que se julga procedente para deferir-se o pedido de registro de candidatura de Joécio Martins da Silva ao cargo de deputado estadual<sup>26</sup>. (grifo nosso)*

### **3.2. Cabimento da Ação Rescisória**

O pressuposto genérico da Ação Rescisória é o trânsito em julgado da decisão, pois somente pode ser rescindida a decisão de mérito transitada em julgado<sup>27</sup>.

Os pressupostos específicos são aqueles atinentes aos incisos do art. 966 do CPC, quais sejam: Prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; Impedimento ou incompetência absoluta; Dolo, simulação ou colusão da parte vencedora; Colusão entre as partes em

---

<sup>26</sup> TSE - AR: 64621 BA, Relator: Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 26/05/2011, Data de Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 22/08/2011, p. 15

<sup>27</sup> Moreira, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro. Forense: 2008, p.109.

fraude à lei; Ofensa à coisa julgada; Violação de norma jurídica; Falsidade de prova; Obtenção de documento novo; Existência de fundamento para invalidação de confissão, desistência ou transação; Erro de fato.

Cada uma das possíveis fundamentações da ação rescisória enumeradas nos incisos do art. 966 do CPC é suficiente por si só. Não é necessário conjuga-los entre si nem com qualquer outra circunstância, e a invocação de algum inciso não exclui a de quaisquer outros restantes. Entretanto, são hipóteses taxativas, e não é possível cogitar outras hipóteses nem mesmo mediante analogia<sup>28</sup>.

Em relação às hipóteses de cabimento, a nova legislação reproduziu quase a totalidade das causas já previstas na legislação anterior.

No inciso III do art. 966, além de abarcar o diploma anterior, inclui a simulação como causa de pedir da ação rescisória, entendimento esse já era defendido na doutrina.

Já no inciso V do artigo supracitado, o legislador substituiu “violar literal disposição de lei” por “violar manifestamente norma jurídica”, consagrando o entendimento jurisprudencial, que se coaduna com a distinção entre norma-princípio e norma-regra.

*PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA RESCINDENDA. JULGAMENTO CONTRÁRIO A ENTENDIMENTO SUMULADO NO STJ (SÚMULA N. 289). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SUPERADO. SÚMULA N. 343/STF. NÃO INCIDÊNCIA. SEGURANÇA JURÍDICA. UNIFORMIDADE E PREVISIBILIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NECESSIDADE.*

*1. A principiologia subjacente à Súmula n. 343/STF<sup>29</sup> é consentânea com o propósito de estabilização das relações sociais e, mediante a acomodação da jurisprudência, rende homenagens diretas à segurança jurídica, a qual é progressivamente corroída quando a coisa julgada é relativizada.*

*2. Porém, o desalinho da jurisprudência - sobretudo o deliberado, recalcitrante e, quando menos, vaidoso - também atenta, no mínimo, contra três valores fundamentais do Estado Democrático de Direito:*

---

28 <sup>1</sup> Moreira, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro. Forense: 2008, p. 155

29 <sup>1</sup> Súmula nº 343 STF: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

a) segurança jurídica, b) isonomia e c) efetividade da prestação jurisdicional.

3. A Súmula n. 343/STF teve como escopo a estabilização da jurisprudência daquela Corte contra oscilações em sua composição, para que entendimentos firmados de forma majoritária não sofressem investidas de teses contrárias em maiorias episódicas, antes vencidas. Com essa providência, protege-se, a todas as luzes, a segurança jurídica em sua vertente judiciária, conferindo-se previsibilidade e estabilidade aos pronunciamentos da Corte.

4. Todavia, definitivamente, não constitui propósito do mencionado verbete a chancela da rebeldia judiciária. A solução oposta, a pretexto de não eternizar litígios, perpetuaria injustiças e, muito pelo contrário, depõe exatamente contra a segurança jurídica, por reverenciar uma prestação jurisdicional imprevisível, não isonômica e de baixa efetividade.

5. Assim, **a Súmula n. 343/STF não obsta o ajuizamento de ação rescisória quando, muito embora tenha havido dissídio jurisprudencial no passado sobre o tema, a sentença rescindenda foi proferida já sob a égide de súmula do STJ que superou o mencionado dissenso e se firmou em sentido contrário ao que se decidiu na sentença primeva.**

6. Recurso especial provido para, removendo-se o óbice da Súmula n. 343/STF, determinar o retorno dos autos à Corte Estadual para que se prossiga no julgamento da ação rescisória<sup>30</sup>. (grifo nosso)

---

ELEIÇÕES 2014. AÇÃO RESCISÓRIA. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. QUESTÃO DE ORDEM. NÃO ACOLHIMENTO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO MESMO PLEITO. INOCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não implica o reconhecimento jurídico do pedido o requerimento de procedência da rescisória, formulado apenas subsidiariamente pelo MPE em alegações finais, acaso não acatados os pleitos anteriores.

2. "O cabimento da Ação Rescisória com base em violação a disposição literal de lei somente se justifica quando a ofensa se mostre aberrante, cristalina, observada primo ictu oculi, consubstanciada no desprezo do sistema jurídico (normas e princípios) pelo julgado rescindendo. Esta ofensa, por si só, não se caracteriza com o fato de haver decisões favoráveis à tese que foi rechaçada pela decisão que se pretende rescindir; não há rescisão por discrepância jurisprudencial [...]" (STJ - RE nº 1458607, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJE de 3.11.2014).

---

30<sup>o</sup> STJ - REsp: 1163267 RS 2009/0206097-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/09/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/12/2013

3. Não se vislumbra, na espécie, qualquer indício de violação a literal dispositivo de lei, com fundamento em suposta alteração jurisprudencial no âmbito desta Corte Superior no mesmo pleito, a justificar a flexibilização da coisa julgada e o processamento da presente ação rescisória. Ainda que se verificasse interpretação controvertida quanto à inelegibilidade prevista no art. 1º, I, I, da LC nº 64/90 no âmbito das cortes regionais, o TSE aplicou o entendimento consolidado nas eleições de 2014 indistintamente a todos os casos semelhantes.

4. Uma vez que o TSE ostenta a função de intérprete autêntico da norma eleitoral, a interpretação por ele fixada é a que deve prevalecer, primando-se pela integridade do sistema normativo, bem como pela uniformidade e isonomia na sua aplicação, o que se verificou na hipótese.

5. Questão de ordem não acolhida. Ação rescisória não conhecida.<sup>31</sup>

Vale destacar que o art. 485, VIII do antigo diploma, que dizia que a sentença poderia ser rescindida quando houvesse fundamento para invalidar confissão desistência ou transação em que a sentença fora baseada, não foi reproduzido no atual código.

No âmbito da Justiça Eleitoral, a Constituição deixou à lei complementar a tarefa de dispor sobre a *organização e a competência dos tribunais, dos juízes e das juntas eleitorais*<sup>32</sup>.

O código eleitoral, em seu nascedouro, não dispunha de nenhum dispositivo que tratasse da ação rescisória, o que tornava seguro o entendimento de que, no âmbito eleitoral, não cabia a referida ação.

Entretanto, em 1996 foi promulgada a Lei Complementar nº 86/1996, que acrescentou no art. 22, inciso I a alínea “j” com o seguinte teor:

*Art. 22. Compete ao Tribunal Superior:*

*j) a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro do prazo de cento e vinte dias de decisão irrecorrível, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado;*

---

<sup>31</sup> TSE - AR: 00019609420146000000 BOA VISTA - RR, Relator: Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Data de Julgamento: 19/04/2016, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 24/05/2016.

<sup>32</sup> Art. 121 da Constituição Federal: Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

A primeira parte da Súmula 33 do Tribunal Superior Eleitoral, complementando o artigo supracitado, versa sobre a restrição da ação rescisória: **Somente é cabível ação rescisória de decisões do Tribunal Superior Eleitoral que versem sobre a incidência de causa de inelegibilidade.**

Conforme Pedro Henrique Távora Niess<sup>33</sup>

*Sempre a repugnou [a ação rescisória] este ramo do Direito Público, mercê das consequências irreparavelmente danosas que fatalmente acarretaria, tornando instável todo o processo eleitoral que se deve desenvolver em curto espaço de tempo. Talvez nenhum outro campo do Direito seja tão necessária a absoluta indestrutibilidade da coisa julgada.*

Continua o autor demonstrando que a posição não é isolada

*“O Ministro Carlos Velloso, ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral declarou, conforme divulgação da Gazeta mercantil<sup>34</sup> que ‘a ação rescisória é completamente incompatível na Justiça Eleitoral porque o processo eleitoral deve ser célere, sob pena de as questões que cuidem da inelegibilidade caírem no vazo, já que os mandatos têm prazo certo’”.*

Segundo a mesma publicação<sup>35</sup>, o Deputado Federal Marcelo Deda, um dos responsáveis por uma das ações direitas de inconstitucionalidade da lei complementar que acrescentou a alínea “j” ao art. 22 do código eleitoral, qualificou a ação rescisória como “*aberração jurídica*”.

Também, Torquato Jardim, ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, em sua obra sobre o Direito Eleitoral Positivo<sup>36</sup>, reconhecia a ação rescisória como ação incompatível com a

---

33<sup>1</sup> Niess, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos: elegibilidade, inelegibilidade, ações eleitorais*. 2ª ed. SP. Edipuro: 2000, p. 337.

34<sup>1</sup> Niess, Távora Pedro Henrique. *Direitos Políticos: elegibilidade, inelegibilidade, ações eleitorais*. 2ª ed. SP. Edipuro: 2000, p. 337, apud Gazeta Mercantil, de 31.5.96, p. A-9.

35<sup>1</sup> Niess, Távora Pedro Henrique. *Direitos Políticos: elegibilidade, inelegibilidade, ações eleitorais*. 2ª ed. SP. Edipuro: 2000, p. 337, apud Gazeta Mercantil, de 31.5.96, p. A-9.

36<sup>1</sup> Niess, Távora Pedro Henrique. *Direitos Políticos: elegibilidade, inelegibilidade, ações eleitorais*. 2ª ed. SP. Edipuro: 2000, p. 337, apud Gazeta Mercantil, de 31.5.96, p. A-9.

celeridade necessária do processo eleitoral, citando os acórdãos nº 8.350, 6;409 e 12.054, do TSE.

No mesmo sentido ensina a lição de Tito Costa<sup>37</sup>

*“A ação rescisória mostra-se inteiramente incompatível com o processo eleitoral, onde deve prevalecer, além da celeridade dos julgamentos, a estabilidade de suas decisões [...] o Tribunal Superior Eleitoral, julgando ação rescisória, no Processo nº 6.375 de Mato Grosso (Cuiabá) proclamou, uma vez mais, sua inadmissibilidade no processo eleitoral por ausência de previsão no Código eleitoral e por ser incompatível com a celeridade que se deve imprimir ao processo eleitoral”*

Cláudio Lembo<sup>38</sup> reconhece que a rescisória

*...se permitida [a ação rescisória], ensejaria possíveis situações de ruptura em áreas sensíveis, nas quais se projeta a própria soberania popular e, por via de consequência, a nacional. Resultados de pleitos poderiam vir a ser anulados anos após as proclamações de resultados e diplomação de eleitos, gerando assim, situações anômalas e de efeitos inconcebíveis na esfera de negócios do Estado”*

Em posição contrária, afirma Luiz Fernando C. Pereira<sup>39</sup> que nos últimos 10 anos a justiça eleitoral assumiu um rigoroso controle da higidez do processo eleitoral, punindo com maior frequência o abuso com cassações de mandato (de registro ou diploma), e também, a inelegibilidade ganhou um maior espaço com a Lei da Ficha Limpa. Alega que as decisões *juridicamente absurdas* que transitam em julgado aumentou muito e assim, o rigoroso limite da ação rescisória na justiça eleitoral se tornou incompatível com a moderna atuação da justiça.

Continua o autor fundamentando que o estreito limite da ação rescisória na justiça eleitoral não se sustenta:

*Desde a Lei nº 9.840/99 há distinção clara entre cassação de mandato e inelegibilidade; os casos de cassação superam em muito as hipóteses de decretação de inelegibilidade pela Justiça Eleitoral (especialmente*

---

37<sup>1</sup> Jardim, Torquato. *Direito Eleitoral positivo*, Brasília Jurídica: Brasília, 1966, p. 141

38<sup>1</sup> Niess, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos: elegibilidade, inelegibilidade, ações eleitorais*. 2ª ed. SP. Edipuro: 2000, p. 338.

39<sup>1</sup> Pereira, Luiz Fernando C. *Ação Rescisória*. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Ed. Fórum, 2012.

*em função da interpretação que se deu o art. 41-A da Lei nº 9.504/97). Não há porque, portanto, deixar fora juízo rescisório a cassação de um mandato (ou de um registro ou diploma) que pode, aliás, ser considerada uma inelegibilidade cominada simples, como quer Adriano Costa Soares<sup>40</sup>.*

Prossegue o autor dizendo que a forma como está regida a previsão da ação rescisória também autorizou o TSE a inadmitir a rescindibilidade das decisões que importem em perda de uma condição de elegibilidade, e que essa limitação piora com a recente aprovação, pelo TSE, da ampliação do conceito de quitação eleitoral, criando, na prática, uma nova condição de elegibilidade (contas aprovadas). A previsão de rescindibilidade das decisões que retiram uma condição de elegibilidade se impõe, com mais razão, a partir dessa decisão.

No próprio TSE a matéria já foi objeto de controvérsia. O Ministro Marco Aurélio divergia da inadmissibilidade da rescisória para os casos de ausência de elegibilidade: “quem não é, ao meu ver, elegível é inelegível”<sup>41</sup>.

Vale destacar que tramita no Senado Federal projeto de lei 134/2012<sup>42</sup> que altera a disciplina que colocaria fim ao limite da ação rescisória na justiça eleitoral, tornando todas as decisões viciadas da jurisdição eleitoral passíveis de rescisão.

Conforme Luiz Fernando C. Pereira<sup>43</sup>, a ação rescisória é sim compatível com o princípio da celeridade, na medida em que não suspende (em regra) a eficácia do julgado questionado e só tem cabimento em hipóteses excepcionabilíssimas.

Portanto, em que pese as divergências doutrinárias acerca dos limites da ação rescisória eleitoral e da compatibilidade da mesma com os princípios do Direito Eleitoral, a jurisprudência segue rígida no sentido de permitir o cabimento da ação tão somente no

---

<sup>40</sup> Costa, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6ª. Belo Horizonte. Ed. Del Rey: 2006, p. 221.

<sup>41</sup> Ação rescisória nº 12/97 citada por Pereira, Luiz Fernando C. *Ação Rescisória*. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Ed. Fórum, 2012, p. 201.

<sup>42</sup> Projeto de Lei de autoria do Senador Sergio Souza PMDB/PR.

<sup>43</sup> Pereira, Luiz Fernando C. *Ação Rescisória*. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Ed. Fórum, 2012.

caso do art. 21, I, j do Código Eleitoral, com entendimento sumulado<sup>44</sup> pela corte, conforme já demonstrado.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES 2008. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 485 DO CPC. INVIABILIDADE. DISPOSIÇÃO EXPRESSA E ESPECÍFICA NO ART. 22, I, J, DO CE.*

*1. A aplicação das disposições do CPC ao processo eleitoral somente ocorre subsidiariamente, ou seja, na omissão do regulamento específico disciplinado nas leis eleitorais. Precedentes.*

*2. No caso, portanto, não é possível a aplicação analógica do art. 485 do CPC, porquanto há previsão expressa acerca do cabimento da ação rescisória no processo eleitoral, no art. 22, I, j, do Código Eleitoral.*

*3. A previsão da ação rescisória é de tipificação estrita em respeito à estabilidade das relações sociais e ao princípio constitucional da segurança jurídica. Precedente.*

*4. Agravo regimental não provido<sup>45</sup>. (grifo nosso)*

---

*GRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. PRESTAÇÃO DE CONTAS. AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO CABIMENTO. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE NÃO ADENTROU NO MÉRITO DA INELEGIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 22, INCISO I, ALÍNEA J DO CE. AÇÃO RESCISÓRIA À QUAL SE NEGOU SEGUIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 33 DO TSE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Nos termos da Súmula 33 do TSE, somente é cabível Ação Rescisória de decisões do TSE que versem sobre a incidência de causa de inelegibilidade.*

*2. O julgado objeto da presente Ação Rescisória foi proferido por esta Corte nos autos da Prestação de Contas 44-34.2015.6.02.0000 e não conheceu do Recurso Especial, uma vez que se encontrava apócrifo.*

*3. Agravo Regimental ao qual se nega provimento.<sup>46</sup> (grifo nosso)*

---

<sup>44</sup> Súmula nº 33 TSE: Somente é cabível ação rescisória de decisões do Tribunal Superior Eleitoral que versem sobre a incidência de causa de inelegibilidade.

<sup>45</sup> TSE - AgR-AI: 69210 MG, Relator: Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI

<sup>46</sup> TSE - AR: 00005425320166000000 BRASÍLIA - DF, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 09/03/2017, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 63, Data 30/03/2017, Página 30

---

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO MONOCRÁTICA. RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Embargos de declaração opostos à decisão monocrática são recebidos como agravo regimental. Precedentes do TSE e do STF.
2. Cabe rescisória no âmbito da Justiça Eleitoral de decisões do Tribunal Superior Eleitoral que tenham reconhecido, como causa de pedir, determinada causa de inelegibilidade. Precedentes do TSE.
3. Não cabe ação rescisória para desconstituir sentença de primeiro grau que desaprovou contas de campanha eleitoral. 4. Agravo regimental desprovido.<sup>47</sup> (grifo nosso)

---

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEIÇÕES 2008. AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 485 DO CPC. INVIABILIDADE. DISPOSIÇÃO EXPRESSA E ESPECÍFICA NO ART. 22, I, J, DO CE.

1. A aplicação das disposições do CPC ao processo eleitoral somente ocorre subsidiariamente, ou seja, na omissão do regulamento específico disciplinado nas leis eleitorais. Precedentes.
2. No caso, portanto, **não é possível a aplicação analógica do art. 485** do (TC, porquanto há previsão expressa acerca do cabimento da ação rescisória no processo eleitoral, no art. 22, 1,1, do Código Eleitoral. 3. A previsão da ação rescisória é de tipificação estrita em respeito 'à estabilidade das relações sociais e ao princípio constitucional da segurança jurídica. Precedente.
4. Agravo regimental não provido<sup>48</sup>. (grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO DE JUIZ ELEITORAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A ação rescisória somente é cabível no âmbito da Justiça Eleitoral para descôstituir decisão deste c. Tribunal Superior que contenha declaração de inelegibilidade. Não compete a este e. Tribunal, portanto, o conhecimento de ação rescisória contra decisões proferidas pelos tribunais regionais ou por juizes de primeiro grau.
2. Agravo regimental não provido".<sup>49</sup>

---

47<sup>1</sup> TSE, ED-AR n. 583-25, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJE 04.08.14.

48<sup>1</sup> TSE, AgR-AI 69210, Rel. Min. Fátima Nancy Andrigli. DJE 11.11.11.

### 3.3. Juízo Competente

A ação rescisória é uma ação de competência originária de tribunal, ou seja, compete a cada Tribunal julgar as ações rescisórias de seus julgados. Os artigos constitucionais abaixo reproduzidos demonstram a competência para julgamento da referida ação:

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I - processar e julgar, originariamente:*

*j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;*

*Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:*

*I - processar e julgar, originariamente:*

*e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;*

Em relação ao art. 966, V (*violar manifestamente norma jurídica*), devem ser observadas duas clássicas súmulas vinculantes:

*Sumula nº 249: É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.*

*Sumula nº 515: A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.*

Em conclusão destas súmulas, a competência para apreciar pedidos rescisórios relacionados a questões federais não suscitadas em recurso especial, ou questões constitucionais não veiculadas em recurso extraordinário, não seria, em princípio, de competência para processamento e julgamento dos tribunais superiores, mas sim dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais, conforme o caso.

Nesse sentido se verificam precedentes da Suprema Corte:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA.  
RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA

---

49<sup>o</sup> TSE, AAR 262, Rel. MM. Felix, Fischer, DJE 06.05.08.

QUE NEGOU SEGUIMENTO AO PEDIDO, POR MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE DESOBRIGOU OS AGRAVADOS DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO INTER VIVOS DE BENS IMÓVEIS - ITBI - PELO SISTEMA DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. LEI MUNICIPAL PAULISTA N. 11.154/91.

(...)

**3. A competência rescisória deste Supremo Tribunal Federal para processar e julgar ação rescisória restringe-se aos casos em que ela é ajuizada contra os seus próprios julgados. A pretensão rescindenda deveria ter sido interposta contra o julgado do Tribunal Estadual Paulista. Súmula 515 do Supremo Tribunal Federal.**

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.<sup>50</sup> (grifo nosso)

---

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO.

(...)

**4. É da competência deste Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ações rescisórias que veiculem ao menos um dos aspectos do litígio que foram efetivamente enfrentados no âmbito do recurso especial. Contudo, caso a decisão prolatada no recurso especial, ainda que meritória, somente diga respeito a um ou mais aspectos da lide diversos daquele articulado na ação rescisória - como na espécie -, a competência pertence ao Tribunal a quo. Inteligência da Súmula 515/STF.**

(...)

9. Recurso especial provido.<sup>51</sup> (grifo nosso)

Portanto, se decisão objeto da ação rescisória contiver apenas vícios que não foram expressamente tratados pelos tribunais superiores (em recurso especial – STJ – ou em recurso extraordinário - STF -), a competência será de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal. Mesmo que um dos tribunais superiores tenha adentrado em alguma discussão jurídica do processo. Em silogismo lógico, é da competência dos tribunais superiores a ação rescisória que verse sobre discussão examinada anteriormente pelos mesmos.

---

50<sup>1</sup> AR 1778 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-01 PP-00063

51<sup>1</sup> REsp 905.738/SE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 17/06/2009

Em algumas ações rescisórias era possível notar divergência doutrinária e jurisprudencial quando a referida ação tratava de mais de um pedido, e quando esses pedidos eram de competência de tribunais diferentes.

De um lado havia o entendimento de que, em função da celeridade e praticidade, o tribunal superior competente para processar e julgar um dos pedidos teria sua competência prorrogada para julgar os demais pedidos, ou seja, o tribunal superior julgaria o pedido em que já era competente para julgar, e também aqueles que seriam de competência do tribunal de segundo grau, uma vez que os pedidos estariam todos em na mesma peça. Na Ação Rescisória nº 1.006-MG/STF, o ministro Moreira Alves concluiu que “concluiu que, *“sendo o Supremo Tribunal competente para julgar um dos aspectos da ação rescisória, sua competência se prorroga àqueles que por ele não foram examinados anteriormente”*”.

O entrave estava no fato de que a competência para julgamento de rescisória é absoluta, e competência absoluta não se prorroga.

Em função disso, surgiu a outra vertente, defendendo que caberia aos tribunais superiores processar e julgar tão somente os pedidos de sua competência, e desconsiderar os demais pedidos, cabendo ao autor da ação pleitear os demais pedidos no tribunal competente para julgá-los. Na Ação Rescisória nº 932, RJ, Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, o Tribunal Pleno decidiu não conhecer da ação, na parte referente ao tema que não foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento aplica, por analogia, a súmula 170 do STJ que proferia: *Compete ao juízo onde for intentada a ação de acumulação de pedidos, trabalhistas e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com pedido remanescente, no juízo próprio*.

Ao que parece, esse impasse foi resolvido com o atual diploma, pelo art. 966, §3º, ao restringir a ação rescisória a apenas um pedido (“3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.”). Dessa forma, cada pedido da ação rescisória deverá ser pleiteado no competente tribunal para processamento e julgamento.

No âmbito da Justiça Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral tem competência para processar e julgar ação rescisória eleitoral, com base no art. 22, I, J do Código Eleitoral, por isso, se o indeferimento de pedido de registro de candidatura fora emanado de juízo de primeiro grau (juiz eleitoral) ou de segundo grau (do Tribunal Regional Eleitoral) e vier a decisão a transitar em julgado, não caberá a propositura da aludida medida. Nesse sentido:

*AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. INDEFERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. TRÂNSITO EM JULGADO.*

*Não cabe ao TSE julgar ação rescisória de sentença de primeiro grau, mas apenas de seus julgados. A remessa dos autos ao Tribunal Regional não se justifica, pois esse órgão não é competente para o julgamento desse tipo de ação, ainda menos de sentença de primeiro grau. A Lei Complementar nº 86/96, ao introduzir a ação rescisória no âmbito da Justiça Eleitoral, incumbiu somente a esta Corte Superior o processo e julgamento. Agravo regimental não provido.<sup>52</sup> (grifo nosso)*

Vale ressaltar que existe projeto de lei em tramitação no Senado Federal<sup>53</sup> que altera a competência, permitindo que os TRE's também possam julgar ações rescisórias, entretanto, no momento, como visto acima, a competência é apenas do Tribunal Superior Eleitoral.

### **3.4. Legitimidade**

O atual CPC mantém igual ao antigo diploma as regras sobre a legitimidade da parte no processo da ação rescisória; O seu sucessor a título universal ou singular e do terceiro prejudicado, que corresponde aos incisos I e II do art. 967.

Era assentado na jurisprudência que o rol de atuação do Ministério Público era exemplificativo, legitimando-se para todos os casos em que haja interesse público. A verdadeira inovação é a intimação do Ministério Público para intervir como fiscal da ordem jurídica quando não for parte.

*Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:*

*I - interesse público ou social;*

*II - interesse de incapaz;*

*III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.*

---

<sup>52</sup> TSE - AAR: 89 MG, Relator: JACY GARCIA VIEIRA, Data de Julgamento: 27/03/2001, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 20/04/2001, Página 278

<sup>53</sup> Projeto de Lei do Senado Federal nº 134 de 2012, em tramitação, de autoria do Senador Sergio Souza (PMDB/PR)

*Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.*

Também, o inciso IV do art. 979 traz nova hipótese de legitimidade para o ajuizamento da ação rescisória, que se trata daquele “que não foi ouvido no processo em que era obrigatória a sua intervenção.

Para Fredie Didier Júnior<sup>54</sup>, o dispositivo não alcança o litisconsorte necessário não citado, fundamentando no próprio texto legal que utiliza a expressão “intervenção”, prevista no dispositivo, em lugar de “não daquele cuja citação era acessória”. De outro lado, afirma o autor que o litisconsorte necessário não citado tem de valer-se da *querela nullitatis*, pois, a falta de citação não é caso de ação rescisória.

Na esfera eleitoral, em consonância com o regramento constante no art. 966 do CPC, os legitimados para propositura da ação rescisória são: Candidato que teve proferida contra si uma decisão de inelegibilidade; terceiro juridicamente interessado; Ministério Público<sup>55</sup>.

As partes da ação rescisória estão legitimados aqueles que figuram no processo rescindendo, ou seja, aqueles elencados, no art. 3º e 20 da Lei Complementar 64/1990 que prevê o cabimento ao:

1. candidato (pessoa física que teve seu nome aprovado em convenção partidária para concorrer a um cargo eletivo, que tenha tido seu registro de candidatura indeferido ou cancelado pela Justiça Eleitoral
2. partido político.
3. coligação.
4. Ministério Público

O partido político ou coligação, poderão propor a ação rescisória desde que tenham participado do processo principal que originou a decisão que se quer rescindir.

---

<sup>54</sup> Flexa, Alexandre; Macedo, Daniel; Bastos, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: O que é inédito o que mudou o que foi suprimido*. 3ª Ed. Juspodivm, 2015, p. 605.

<sup>55</sup> Carlos Born, Rogério. *Ação Rescisória no Direito Eleitoral e no Novo Código de Processo Civil*. 6ª ed. Curitiba. Revista atualizada. Juruá: 2016.

Conforme Rogério Carlos Born<sup>56</sup>, em que pese a possibilidade legal de propositura da ação rescisória pelos sucessores do candidato, não há efeito prático, vez que não há como suceder um candidato eleito no exercício de um cargo público se a decisão produz efeitos somente exteriores ao Direito Eleitoral. Anota o autor que um possível interesse poderia existir na preservação da memória do falecido que teve a sua inelegibilidade injustamente declarada por atos de improbidade administrativa.

Ainda segundo o autor supracitado, o Ministério Público poderia atuar nas ações rescisórias eleitorais, a princípio, como *custus legis* na atribuição constitucional da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis. Niess<sup>57</sup> lembra que, caso o Ministério Público não tenha sido ouvido em processo em que sua intervenção era obrigatória, está autorizado a promover a ação rescisória com base em literal dispositivo de lei, também, se a decisão é resultado de colusão das partes a fim de fraudar a lei, o legitimado é o Ministério Público, uma vez que não é lícito arguir em seu benefício a própria torpeza.

Niess<sup>58</sup> também aponta que em sendo a inelegibilidade oriunda de processo pleiteado pelo Ministério Público, inexistente interesse do órgão em propor a ação rescisória.

No polo passivo devem figurar aqueles que participaram como autores da ação originária que resultou na declaração de inelegibilidade do candidato.

Acerca da legitimidade de eleitores há discussão<sup>59</sup>. Essa discussão tem na verdade seu início na ação de impugnação de mandato eletivo (AIME). Isso porque na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo os legitimados são aqueles do art. 22 da Lei de Inelegibilidades, quais sejam “Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral (...)”<sup>60</sup>, posicionamento este consagrado também na jurisprudência:

---

<sup>56</sup> Niess, Pedro Henrique Távora. Ob cit Carlos Born, Rogério *Ação Rescisória no Direito Eleitoral e no Novo Código de Processo Civil*. 6ª ed. Revista atualizada. Curitiba. Juruá: 2016, p. 116.

<sup>57</sup> Niess, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos: elegibilidade, inelegibilidade, ações eleitorais*. 2ª ed. SP. Edipuro: 2000, p. 365.

<sup>58</sup> Niess, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos: elegibilidade, inelegibilidade, ações eleitorais*. 2ª ed. SP,. Edipuro: 2000, p. 364.

<sup>59</sup> Born, Rogério Carlos. *Ação Rescisória no Direito Eleitoral e no Novo Código de Processo Civil*. 6ª ed. Revista atualizada. Curitiba. Juruá: 2016, p. 120.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. POTENCIALIDADE. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

**3. Esta Corte já assentou que, tratando-se de ação de impugnação de mandato eletivo, são legitimadas para a causa as figuras elencadas no art. 22 da Lei de Inelegibilidades, quais sejam, qualquer partido político, coligação, candidato ou o Ministério Público Eleitoral (REspe nº 21.2181MG, DJ de 24.10.2003, rei. Mm. Francisco Peçanha Marfins).<sup>60</sup> (grifo nosso)**

Portanto, em relação ao partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral não há divergência quanto à possibilidade de ingresso de AIME e, nem em relação à legitimação ativa da ação rescisória, uma vez que, além de elencados na lei de inelegibilidade, o próprio CPC, art. 967 e incisos, coloca como legitimados ativos quem for parte/sucessor no processo que deu origem à decisão, terceiro juridicamente interessado e Ministério Público.

Já acerca de eleitor, importante destacar desde já que não se trata do mero e simples eleitor, mas aquele que deu origem ao processo originário da ação rescisória (no processo de inelegibilidade de candidato) nos termos da resolução 20.993/2002, art. 37 do TSE, que permite ao cidadão dar notícia de inelegibilidade de candidato, que será analisada pelo Ministério Público:

*Art. 37. Qualquer cidadão/ã no gozo de seus direitos políticos poderá, no mesmo prazo previsto no artigo anterior, mediante petição fundamentada, dar notícia de inelegibilidade sobre a qual, após a audiência do/a candidato/a, se manifestará o Ministério Público Eleitoral, no prazo de dois dias (Ac/TSE nº 12.375, DJU de 21.9.92).*

De um lado, Antônio Tito Costa e Adriano Soares da Costa colocam o eleitor como legitimado ativo da ação rescisória eleitoral, sustentando que a constituição federal não enumerou os legitimados e que, portanto, lei infraconstitucional não poderia restringir.

De outro lado, Pedro Henrique Távora Niess e Joel Cândido se inclinam pela ilegitimidade de eleitor por não ser compatível com a celeridade do Direito Eleitoral,

---

<sup>60</sup> Ac. de 24.3.2011 no AgR-AI nº 94192, rel. Min. Marcelo Ribeiro

enfraquecimento dos partidos políticos, dificuldade de manutenção do segredo de justiça do processado e possível abuso de ajuizamento de ações políticas sem o devido fundamento.

Conforme anotado por Carlos Born<sup>61</sup>, não há posicionamento jurisprudencial unânime. O próprio TSE já decidiu que os eleitores não teriam legitimidade *ad causam*, conforme julgado de 1994 pelo Ministro relator Torquato Lorena Jardim<sup>62</sup>:

*1. Ação de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, § 11). Legitimidade ad causam (LC no 64/90, art. 22). Não têm legitimidade ad causam os apenas eleitores. Recurso conhecido e provido nesta parte. (...)*

Entretanto, o art. 37 da resolução 20.993/2002 acima transcrito fora baseado em acordo publicado no ano de 2000<sup>63</sup>, que permitiu ao cidadão o direito de dar notícia de inelegibilidade a ser analisada pelo Ministério Público.

Opina o referido autor<sup>64</sup> que:

*Por derradeiro, a presença do eleitor no polo ativo da ação de impugnação de mandato eletivo, embora de extrema raridade, encontra-se na vanguarda de um amplo e participativo instrumento de controle dos Poderes do Estado que tem a função precípua de resguardar a perseverança da democracia, da cidadania e da soberania.*

Diante dos fortes posicionamentos acima citados, parece-nos que a participação do eleitor na ação de ilegitimidade de mandato eletivo que consiste em noticiar o Ministério

---

<sup>61</sup> Born, Rogério Carlos. *Ação Rescisória no Direito Eleitoral e no Novo Código de Processo Civil*. 6ª ed. Revista atualizada. Curitiba. Juruá: 2016, p. 120.

<sup>62</sup> Recurso Especial 11.835/PR TSE citado por Carlos Born, Rogério. *Ação Rescisória no Direito Eleitoral e no Novo Código de Processo Civil*. 6ª ed. Revista atualizada. Curitiba. Juruá: 2016, p. 121.

<sup>63</sup> TSE - MC: 799 SP, Relator: Min. NELSON AZEVEDO JOBIM, Data de Julgamento: 28/09/2000, Data de Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 11/10/2000, p. 92

<sup>64</sup> Carlos Born, Rogério. *Ação Rescisória no Direito Eleitoral e no Novo Código de Processo Civil*. 6ª ed. Curitiba. Revista atualizada. Juruá: 2016, p. 124.

Público não se trata em verdade de legitimação ativa, que não respalda a participação daquele em ação rescisória.

Portanto, em hipótese excepcionalíssima que o eleitor figure o polo ativo da ação de impugnação de mandato é também aquele eleitor legitimado ativo para a propositura de ação rescisória, por força do art. 967, I do CPC, que prevê a participação de *quem for parte no processo* que deu origem à ação rescisória.

Demais eleitores (aqueles que não figuraram efetivamente no polo ativo da ação de impugnação de mandato eletivo), não há que se falar na participação desses em ação rescisória eleitoral.

### **3.5. Quanto ao Procedimento da Ação Rescisória**

Mais uma vez, o regramento inédito que acolhe o entendimento da doutrina versa sobre a isenção do valor do depósito para aqueles que estão sendo defendidos pela Defensoria Pública e os que tenham sido beneficiados pela gratuidade da justiça.

Em que pese o depósito de 5% (cinco por cento) do valor da causa tenha sido mantido, o novo diploma limitou a mil salários mínimos o depósito correspondente a cinco por cento do valor da causa.

Ainda, foi permitido que na ação rescisória possa ser aplicado o julgamento liminar *prima facie* nos casos do art. 332:

*Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:*

*I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;*

*II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*

*III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

*IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.*

*§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.*

No âmbito eleitoral, é sempre reclamado o menor prazo, em função do princípio da celeridade.

O réu poderá oferecer exceção de suspeição ou impedimento em face de qualquer membro do tribunal e, no caso de mais da metade dos integrantes do colegiado restarem afastados, a ação será julgada excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal.

### 3.5. Prazo da Ação Rescisória

O *caput* do art. 975, que prevê o prazo decadencial será de dois anos a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda, positiva o entendimento da súmula nº 401 do STJ que prevê: *O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial*. E traz também regramento inédito no art. 975, §1º ao determinar a prorrogação do prazo de até dois anos até o primeiro dia útil subsequente, quando o prazo expirar durante as férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense, andando o legislador de acordo com o entendimento do STJ sobre o tema.

*PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II DO CPC NÃO CONFIGURADA. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL PARA IMPETRAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA. PRIMEIRO DIA ÚTIL SUBSEQUENTE AO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO RESCINDENDA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ.*

*1 - O acórdão abordou todas as questões ventiladas pela recorrente quando da oposição dos embargos de declaração, motivo pelo qual não houve ofensa ao art. 535,II do CPC.*

*2 - O prazo decadencial para a interposição de ação rescisória começa a fluir no primeiro dia útil subsequente ao trânsito em julgado da ação rescindenda. 3 - Precedentes: EREsp 667.672, Rel. Min. José Delgado, DJ 26.6.2008; EREsp 341.655, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 4.8.2008, ambos da Corte Especial. Recurso especial parcialmente provido<sup>65</sup>. (grifo nosso)*

Ainda, conforme regra inédita do art. 975, §2º, caso a ação tenha por fundamento o inciso VII do art. 966 (prova ignorada), o termo inicial do prazo bienal decadencial será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco anos, contando do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. E no §3º do mesmo artigo, nas hipóteses de simulação ou colusão entre as partes, o prazo começa a contar

---

<sup>65</sup> STJ - REsp: 1058257 RS 2008/0104616-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 17/03/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20090414 --> DJe 14/04/2009

(para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público que não interveio no processo) a partir do momento da ciência de tal prática.

A jurisprudência têm entendido que a prova ignorada deve ser prova que existia ao tempo da decisão rescindenda, e não superveniente à mesma.

*AÇÃO RESCISÓRIA. PROVA NOVA. ELEIÇÕES 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. INELEGIBILIDADE. FATO NOVO. IMPROCEDÊNCIA. 1. De acordo com o art. 966, VII, do Código de Processo Civil, a decisão transitada em julgado pode ser rescindida quando "obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável". 2. **A prova nova, para fins do art. 966, VII, do CPC/2015, é aquela contemporânea ou anterior à decisão rescindenda** cuja relevância seria tão grande a ponto de, sozinha, ser capaz de modificar a conclusão do julgamento, independentemente de outras evidências, e cuja utilização não foi possível por desconhecimento da sua existência ou em razão de impossibilidade real do seu uso no momento oportuno. 3. **Não se admite ação rescisória com fundamento no art. 966, VII, do Código de Processo Civil quando a prova nova não existia ao tempo da decisão rescindenda.** 4. O fato superveniente, caracterizado pela absolvição criminal do candidato em 2015, não caracteriza prova nova para efeito de rescisão do julgamento proferido por este Tribunal em 2013, relativo ao registro de candidatura das Eleições de 2012. Ação rescisória julgada improcedente.<sup>66</sup> (grifo nosso)*

Já no âmbito da Justiça Eleitoral, o prazo decadencial será de 120 dias para a propositura ação rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão que declarou a inelegibilidade do candidato.

*AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AJUIZAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. INÍCIO. TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO PROVIMENTO. 1. Consoante o art. 22, I, j, do Código Eleitoral, **a ação rescisória somente é cabível quando ajuizada dentro do prazo decadencial de 120 dias.** Precedentes. 2. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a contagem do prazo decadencial tem início com o trânsito em julgado da decisão*

---

<sup>66</sup> TSE - AR: 00003918720166000000 AUTAZES - AM, Relator: Min. Henrique Neves Da Silva, Data de Julgamento: 28/11/2016, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Volume , Tomo 231, Data 06/12/2016, p. 14/15

*rescindenda, qualquer que seja o fundamento de rescindibilidade. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.*<sup>67</sup> (grifo nosso)

Desta feita o Código Eleitoral em seu artigo 22, inc I, alínea “J”, determina de forma expressa que o prazo da ação rescisória é de 120 dias a contar do transito em julgado quando se tratar de ação de inelegibilidade, permanecendo no mandato eletivo até o seu trânsito em julgado.

---

<sup>67</sup> TSE - AgR-AR: 63232 ES, Relator: Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 19/08/2014, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 162, Data 01/09/2014, p.325

## **Referência Bibliografica**

BORN, Rogério Carlos. *Ação Rescisória no Direito Eleitoral e no Novo Código de Processo Civil*. 6ª ed. Revista atualizada. Curitiba. Juruá: 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*: vol 2. 23ª ed. São Paulo. Atlas: 2014.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6ª. Ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.

Flexa, Alexandre; Macedo, Daniel; Bastos, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil: O que é inédito o que mudou o que foi suprimido*. 3ª Ed. Juspodivm, 2015.

JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral positivo*, Brasília. Brasília Jurídica: 1966.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*: tomo 4. 1ª ed. Bookseller: Campinas, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*: das sentenças e de outras decisões (atualizado por Nelson Nery Junior & Georges abboud). 1ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro. Forense: 2008.

NIESS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos*: elegibilidade, inelegibilidade, ações eleitorais. 2ª ed. SP. Edipuro: 2000.

PEREIRA, Luiz Fernando C. *Ação Rescisória*. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Ed. Fórum, 2012.

## PRINCIPAIS VANTAGENS APRESENTADAS PELA PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET

### MAIN ADVANTAGES PRESENTED BY ELECTION ADVERTISING ON THE INTERNET

ROSANE CRISTINA DA SILVA

Analista Judiciário no TRE/SP – lotada na 241ªZE de Jaú. Formada em Pedagogia pela USP/Ribeirão Preto. Pós-graduada em Direito Eleitoral e MBA- Planejamento e Gestão Estratégica. Atualmente cursando o 2º ano de Direito nas Faculdades Integradas de Jaú

#### RESUMO

O presente trabalho busca apresentar o espaço que a propaganda eleitoral na internet tem ocupado nas campanhas eleitorais e suas principais vantagens. O método utilizado foi a análise bibliográfica, o que propiciou uma maior familiaridade com o tema e o desenvolvimento de novas perspectivas. Do estudo realizado, concluiu-se que a utilização das mídias e redes sociais na propaganda eleitoral é, sem dúvida, um caminho sem volta, e as principais vantagens advindas de tal utilização foram interação, igualdade de participação, nivelamento social, econômico e cultural, baixos custos e preservação do meio ambiente, as quais não podem ser olvidadas pelos partidos políticos e pelos operadores do Direito Eleitoral.

**Palavras-chave:** Democracia; Propaganda Eleitoral; Eleições; Redes Sociais; Internet.

#### SUMMARY

The current work seeks to present the place that the election advertising on the internet has occupied in election campaigns and its main advantages. The method used was the bibliographical analysis, which provided a greater familiarity with the theme and the development of new perspectives. From the study, it was concluded that the use of the media and social networks in election advertising is, undoubtedly, a path without return, and the main advantages arising of such use were interaction, equality of participation, social, economic and cultural leveling, low costs and preservation of the environment which cannot be forgotten by political parties and Electoral Right operators.

**Key words:** Democracy; Election Advertising; Elections; Social Networks; Internet.

## PRINCIPAIS VANTAGENS APRESENTADAS PELA PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Conceito de propaganda política e eleitoral. 3 Propaganda eleitoral na internet. 4 Alcance e limites das redes sociais. 5 Principais vantagens da propaganda eleitoral na internet. 6 Conclusão. 7 Referências

### 1 INTRODUÇÃO

As constantes mudanças trazidas pelas inovações tecnológicas à sociedade contemporânea também impactaram a nova geração de eleitores e os processos que envolvem as eleições, notadamente a realização da propaganda eleitoral, que passou a fazer uso da comunicação de massa, especialmente a internet, para atingir seus objetivos.

A rede mundial de computadores é um importante meio de interação entre as pessoas, tendo propiciado uma abertura maior ao debate democrático, bem como diminuído as distâncias entre os candidatos e os eleitores. Também tem oportunizado aos eleitores condições mais favoráveis de acesso às informações e a comparação entre os candidatos e suas propostas, provendo meios para a efetivação do voto consciente e a participação ativa na vida política do país.

O envolvimento cada vez maior das pessoas no universo *online* tem aumentado de forma proporcional a utilização e a importância da internet na veiculação da propaganda eleitoral. Por sua vez, o potencial que a internet tem para influenciar a vontade do eleitorado e o resultado das eleições também tem crescido e se consolidado.

Apesar de ser um tema relativamente novo – tendo alcançado grande expressão sobretudo a partir das eleições de 2012 e recebido regulamentação especial por meio da Lei nº 12.034, de 2009 –, tem-se buscado a democratização e a universalização do direito à propaganda eleitoral na internet como forma de garantir a higidez e a

legitimidade das eleições no país, com vistas a iguais oportunidades aos candidatos e à coibição do abuso do poder político e econômico no processo eleitoral.

Várias são as vantagens apresentadas pela propaganda eleitoral na internet, destacando-se o universo virtual como importante ferramenta na captação de votos e na construção de novos espaços que contemplem e incentivem o debate democrático e a participação popular nas decisões e no controle político.

Tais vantagens são, precipuamente, a opção do internauta em acessar as informações disponíveis, em vez da imposição costumeira dos programas promovidos no rádio e na televisão, a preservação do meio ambiente, a queda de barreiras sociais, culturais e econômicas e a aproximação e interação dos eleitores com os candidatos e suas propostas.

Outrossim, importa destacar a grande influência da propaganda em si no processo eleitoral e sua importância na construção da cidadania, uma vez que proporciona subsídios para que o eleitor se manifeste por meio do voto consciente, com base no conhecimento prévio das ideias, projetos e doutrinas defendidos pelos inúmeros candidatos.

## **2 CONCEITO DE PROPAGANDA POLÍTICA E ELEITORAL**

Propaganda política, segundo Miranda (2009), "é o termo empregado para designar o ramo da ciência da 'propaganda' que tem como escopo a conversão das pessoas em simpatizantes do ideário partidário e/ou à obtenção de sufrágio". Está relacionada ao plano de governo, aos ideais e propostas dos partidos que apresentam candidatos às eleições.

Por sua vez, propaganda eleitoral, segundo o autor, é "a propaganda com prazo certo determinado pela legislação eleitoral e visa expressamente à busca por votos dos eleitores nas eleições da vez". Assim, a propaganda eleitoral está vinculada a uma determinada eleição, possuindo prazo para seu início e fim, nos termos da legislação eleitoral.

Outro importante conceito é o apresentado por Marcos Ramayama, para quem a propaganda eleitoral "tem a finalidade precípua de divulgar ideias e propagandas dos candidatos. É a oportunidade que a legislação eleitoral abriu ao candidato para

exteriorizar o símbolo real do mandato representativo e partidário." (RAMAYAMA apud BRITO & LONGHI: 2014).

No pensamento de Fernando Silva,

A propaganda eleitoral é espécie dentro do gênero publicidade e ainda que sua finalidade específica seja tentar mostrar que alguém é o mais apto para o exercício do cargo em disputa, ela, mais do que isso, se presta para informar aos eleitores que determinada pessoa é candidato a determinado cargo, em determinada ação (SILVA apud BRITO & LONGHI: 2014).

Assim, a propaganda eleitoral compreende toda ação intencional que busca o convencimento dos eleitores em entregar seu voto a este ou àquele candidato. Trata-se de instrumento peculiar ao Regime Democrático e direito dos partidos e seus candidatos. De acordo com Candido (apud Prata: 2013),

A sociedade livre, de regime democrático, pressupõe eleições pelo voto livre, direto ou indireto, facultativo ou obrigatório, como única forma legítima de preencher os cargos eletivos. Logo, os Partidos Políticos e os candidatos a esses cargos, por sua vez, têm na propaganda política o meio mais eficiente de veicular seus programas e idéias, suas metas e propostas, suas plataformas e compromissos.

### **3 PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET**

Ao longo dos anos, a propaganda eleitoral sofreu grandes alterações. O "corpo a corpo", os comícios, as passeatas e carreatas, a distribuição de "santinhos" evoluíram para formas tecnológicas e modernas de divulgação de idéias, até o que conhecemos hoje por comunicação de massa. Nesse cenário, merece destaque a utilização da mídia eletrônica e os atuais meios tecnológicos de comunicação.

Com o aumento do eleitorado, as mudanças sociais e as inovações tecnológicas, surgiram novas formas de persuasão, predominando, nos dias atuais, a comunicação de massa, através da mídia eletrônica, com modernos sistemas de veiculação de imagem, de projeção de logotipos e repetição de slogans. Nesse contexto, a propaganda no rádio, na televisão, na imprensa escrita e, mais recentemente, na internet se mostram como de grande relevo para o sucesso das campanhas eleitorais (PINTO: 2010).

Com o advento das novas tecnologias surgiu também a necessidade de novas regras, com o intuito de resguardar, por um lado, o direito a sua utilização por parte dos partidos e candidatos, e por outro, a manutenção da legitimidade das eleições, principalmente frente ao abuso do poder político e econômico.

Conforme adverte PINTO (2010), o grande desafio nesse novo universo é regular a propaganda eleitoral de forma que os direitos de informação e de liberdade de expressão sejam assegurados, sem deixar de lado, contudo, a lisura do processo eleitoral, a igualdade entre os candidatos e a proteção aos direitos fundamentais.

A salvaguarda da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou político e a igualdade de oportunidades entre os candidatos devem nortear a legislação eleitoral e a atuação da Justiça Eleitoral em relação a todos os tipos de propaganda, notadamente, as realizadas por intermédio dos meios de comunicação de massa, como a internet, com todas as suas possibilidades, que alcançou acentuado relevo nos últimos anos (PINTO: 2010).

Certamente, no que se refere à propaganda realizada na internet, uma das formas de se garantir a lisura e a legitimidade do processo eleitoral, protegendo-o contra a influência do poder político e econômico e garantindo a igualdade entre os candidatos, é a proibição de veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga. É o que preleciona o artigo 57-C da chamada Lei das Eleições (Lei 9.504/97), incluído pela Lei 12.034, de 2009.

Esse ponto merece especial destaque e atenção, a fim de que não se restrinja ou aniquile, de forma equivocada, o importante espaço para debates que a internet proporciona.

Autoridades eleitas escolhidas mediante eleições frequentes, justas e livres é uma das condições necessárias à implementação e concretização das chamadas poliarquias democráticas do mundo contemporâneo. [...] Assim como a liberdade de expressão de candidatos e eleitores e a existência de fontes alternativas de informação para a livre formação da vontade política. Desta forma, se o conceito de propaganda 'paga' for o mesmo de 'remunerada', como compreendida pelo Direito do Consumidor, de fato chegar-se-ia ao absurdo da proibição de propaganda eleitoral em qualquer *site* de rede social, haja vista haver consumo de publicidade (seja em *banner*, seja em vídeo) ao mesmo tempo que o potencial eleitor tem contato com sua mensagem política. Contudo, tal conclusão praticamente aniquilaria o potencial da Rede para promoção de um debate

democrático, haja vista constituir importantíssimo veículo de comunicação, cuja consolidação parece ser um caminho sem volta. Logo, o que se deve ter em mente é que o escopo legal é o de não permitir que haja pagamento direto por parte do candidato para a veiculação de propaganda política, promovendo-se os *links* patrocinados, por exemplo (BRITO & LONGHI: 2014).

Outra importante medida para a regulação da propaganda na internet é a vedação ao anonimato. A Lei das Eleições, em consonância ao mandamento constitucional, garante a livre manifestação do pensamento, porém, veda o anonimato, inclusive durante a campanha eleitoral por meio da rede mundial de computadores, assegurando também o direito de resposta.<sup>1</sup>

Acerca do equilíbrio buscado pelo legislador, e pelo próprio constituinte, entre a liberdade de expressão e a vedação ao anonimato, bem como de suas consequências no âmbito eleitoral, Sidney Pessoa Madruga esclarece:

A vedação ao anonimato na Internet é consequência dessa relativização de princípios, seguindo um sistema de pesos e medidas e que pode ser aplicado em toda a seara eleitoral: busca-se garantir o direito à informação, a liberdade de expressão e pensamento, mas em contraponto preservar a lisura das eleições, a higidez do processo eleitoral, o direito à intimidade, privacidade e honra daqueles que tomam parte numa campanha eleitoral que, como cediço, possui nuances que por vezes caminham entre o lícito e o ilícito.(MADRUGA apud BRITO & LONGHI: 2014).

Dessarte, a despeito de todos os cuidados que devem ser tomados para a realização da propaganda eleitoral na internet, não se pode permitir que sejam alijados a liberdade de expressão e o direito à informação.

As eleições não se fazem sem a plena garantia da liberdade de expressão e do direito à informação. [...] a liberdade de expressão assegura a livre manifestação de opinião, e o direito à informação garante que as pessoas recebam toda informação necessária para o efetivo exercício da cidadania. [...] Dessa forma, a plena divulgação de ideias, no regime democrático, contribui para a livre e consciente escolha dos governantes pelos cidadãos (SENA: 2014).

---

<sup>1</sup> Lei 9.504/97, artigo 57-D (incluído pela Lei 12.034 de 2009).

#### 4 ALCANCE E LIMITES DAS REDES SOCIAIS

É inegável que a propaganda eleitoral já alcançou os principais mecanismos de comunicação via internet, levando a justiça eleitoral a proferir diversas decisões sobre seu uso nos últimos anos. As redes sociais caíram no gosto popular e aplicativos como *Facebook*, *WhatsApp* e *Twitter* não são imunes ao processo eleitoral e a todas as engrenagens que o movem, a exemplo da propaganda política eleitoral.

Quanto ao alcance das redes sociais, é de se destacar os elucidativos trechos do voto do Ministro Henrique Neves da Silva no REspe nº 29-49<sup>2</sup>, abaixo transcritos:

Nesse ponto, rogo vênias aos que entendem de modo diverso para considerar, tal como expus na decisão monocrática que proferi no R-RP nº 1824-24, que tanto o *Twitter*, como o *Facebook* – e atualmente este segundo aplicativo com muito maior penetração – são meios de comunicação social que, potencializados pelo enorme número de usuários e reiteradas repetições do conteúdo neles veiculado – são capazes de atingir expressiva quantidade de pessoas. [...] Atualmente, entre os diversos aplicativos de relacionamento social disponíveis na internet, o *Facebook* se revela o mais difundido, estimando-se a existência de muitos milhões de contas ativas. [...] Assim, se este Tribunal já se preocupou em eleições não tão distantes com a utilização indevida dos meios de comunicação social impressos, o desenvolvimento e o alcance dos aplicativos que atualmente transmitem instantaneamente e, ao mesmo tempo, preservam informações – verdadeiras ou falsas – pela internet não podem ser desconhecidos. [...] Ao eleitor, por sua vez, como protagonista do processo eleitoral e verdadeiro detentor do poder democrático não devem ser, em princípio, impostas limitações senão aquelas referentes à honra dos demais eleitores, dos próprios candidatos, dos partidos políticos e as relativas à veracidade das informações divulgadas. Por outro lado, em relação aos candidatos e partidos políticos, as limitações no âmbito da internet, além dos aspectos relacionados à honra de terceiros e veracidade das divulgações, devem ser interpretadas de forma a garantir a igualdade de chances gradual, coibir a interferência do poder econômico e as manifestações patrocinadas por pessoas jurídicas ou órgãos governamentais, como descrito no art. 57-C da Lei nº 9.504/97. Sem que sejam identificadas situações em que haja ofensa a tais valores, não há espaço para a atuação da justiça eleitoral.

---

<sup>2</sup> Informativo TSE – Ano XVII – nº 8 – p. 15 e 16.

Destaca-se, por oportuno, o uso do *Twitter*, dispositivo que se restringe à troca de mensagens entre usuários que desejam receber tais manifestações, não se tratando, portanto, de meio de comunicação de massa. Nesse sentido já se manifestou o TSE que, por maioria de votos decidiu, no julgamento do REspe 7464, que não podem ser consideradas como propaganda eleitoral as manifestações políticas feitas por tal meio. Segundo o relator, o Ministro Dias Tofolli, “não há falar em propaganda eleitoral realizada por meio de *Twitter*, uma vez que essa rede social não leva ao conhecimento geral e indeterminado as manifestações nela divulgadas”. O relator afirmou ainda que as mensagens trocadas por intermédio do *Twitter* “possuem caráter de conversa restrita aos seus usuários previamente aceitos entre si”.

Da mesma forma o *WhatsApp*, que igualmente destina-se à troca de mensagens circunscrita a grupos fechados, mediante a anuência de seus participantes. Não obstante as semelhanças entre os dispositivos citados, deve-se salientar que o *Twitter* possui alcance bem maior, chegando a atingir milhares de seguidores, ao passo que os grupos de *WhatsApp* podem abranger, atualmente, no máximo 256 (duzentos e cinquenta e seis) integrantes.

Convém ressaltar que, de forma alguma, as redes sociais estão acima da Lei e, muito embora constituam poderosos instrumentos para a propaganda eleitoral, apresentando baixo custo e alcance inestimável, também se submetem à justiça eleitoral. Esse o entendimento do TSE, por meio do já citado julgado REspe nº 29-49, cuja ementa segue transcrita abaixo:

ELEIÇÕES 2012. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. INTERNET. FACEBOOK. CONTA PESSOAL. LIBERDADE. MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. PROVIMENTO. 1. A utilização dos meios de divulgação de informação disponíveis na internet é passível de ser analisada pela Justiça Eleitoral para efeito da apuração de irregularidades eleitorais, seja por intermédio dos sítios de relacionamento interligados em que o conteúdo é multiplicado automaticamente em diversas páginas pessoais, seja por meio dos sítios tradicionais de divulgação de informações. 2. A atuação da Justiça Eleitoral deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático. 3. As manifestações identificadas dos eleitores na internet, verdadeiros detentores do poder democrático, somente são passíveis de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos. 4. A propaganda eleitoral antecipada por meio de manifestações dos partidos políticos ou de possíveis futuros

candidatos na internet somente resta caracterizada quando há propaganda ostensiva, com pedido de voto e referência expressa à futura candidatura, ao contrário do que ocorre em relação aos outros meios de comunicação social nos quais o contexto é considerado. 5. Não tendo sido identificada nenhuma ofensa à honra de terceiros, falsidade, utilização de recursos financeiros, públicos ou privados, interferência de órgãos estatais ou de pessoas jurídicas e, sobretudo, não estando caracterizado ato ostensivo de propaganda eleitoral, a livre manifestação do pensamento não pode ser limitada.

Logo, a justiça eleitoral pode e deve atuar no controle das práticas proibidas pela legislação eleitoral. Entretanto, vale sublinhar, essa atuação deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático. No entender de Moura Filho (2014), “a Justiça Eleitoral tem sinalizado pelos seus julgados, que não se submetem à censura prévia tais ações de campanha virtuais, entretanto continuam os excessos que ferirem a legitimidade do pleito, sujeitos ao controle a posteriori daquele Poder”.

## 5 PRINCIPAIS VANTAGENS DA PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET

As eleições realizadas em 2014 reforçaram a importância do uso das mídias sociais como um espaço de comunicação e de debate político. Até 2010, a estratégia dos candidatos era estar presente nas ferramentas mais populares e, normalmente, agir na rede como ação complementar de divulgação dos conteúdos das mídias tradicionais. Hoje a sociedade digital exige mais interação e assim o faz, tanto porque as suas possibilidades aumentaram como porque sua reação mudou. A evolução das tecnologias, o surpreendente crescimento de internautas e o comportamento dos eleitores mostraram que o cenário de 2014 seria diferente. [...] uma campanha política, de fato, foi realizada nas redes sociais por candidatos, eleitores e militâncias.<sup>3</sup>

Com efeito, o impacto gerado pela interação entre internet – em especial o uso das redes sociais – e eleições tem sido tema de diversos debates e estudos, dentro e fora dos meios acadêmicos. Precipuamente o comportamento dos internautas eleitores e dos candidatos, bem como as vantagens e contribuições que a propaganda eleitoral na internet pode trazer para os pleitos têm gerado reflexões e posicionamentos, incluindo como um de seus protagonistas a justiça eleitoral.

---

<sup>3</sup> Disponível em <<https://www.serpro.gov.br/tema/noticias-tema/eleicoes-e-redes-sociais-empoderamento-ou-onda-de-internet>> Acesso em: 26.09.2017.

De acordo com pesquisa divulgada pela Serpro<sup>4</sup>, nas eleições de 2014, seis, em cada dez eleitores, possuíam acesso à internet e perfis em redes sociais. Se considerada a faixa etária dos pesquisados apenas entre 16 e 24 anos, esse número se elevaria para nove em cada dez.

Além disso, de acordo com a mesma pesquisa, no primeiro turno, 46% dos internautas compartilharam conteúdos sobre o tema eleições em seus perfis, 19% assumiram que a escolha de seus candidatos foi influenciada por conteúdos das mídias sociais, 20% acreditavam que o conteúdo visto em tais plataformas influenciou um pouco sua decisão e 22% declararam ter compartilhado conteúdo indicando seu candidato preferido para o primeiro turno.

Ainda de acordo com a Serpro, consoante o pensamento de vários estudiosos do assunto, entre os diversos pontos positivos apresentados pela questão da propaganda eleitoral na internet pode-se pontuar a grande visibilidade alcançada pelos candidatos de partidos menores – o que sinaliza uma democratização e nivelamento da igualdade de condições entre os candidatos –, o impacto das opiniões de grupos de relacionamento dentro de redes sociais específicas, a difusão de ideias de minorias e a politização dos indivíduos, pois envolveu debates e manifestações de internautas de todos os meios sociais, econômicos e culturais, inclusive daqueles que outrora se mostravam alheios aos debates políticos.

Tais vantagens se somam a outras, pontualmente a opção do internauta em acessar as informações disponíveis, ao invés da imposição costumeira dos programas promovidos nas mídias tradicionais, a preservação do meio ambiente por meio da realização de uma campanha que não polui as cidades e a interação – ainda que no mundo virtual – entre os eleitores e os candidatos e suas propostas.

Nas eleições de 2016 o cenário não foi diferente. O aumento crescente dos eleitores nas redes sociais tornou este meio fundamental para as campanhas municipais. Por conseguinte, forçou os candidatos a se prepararem ainda mais, devido à proximidade e interação que tais redes proporcionam entre candidatos e eleitores, bem como de eleitores entre si.

---

<sup>4</sup> Idem

Consoante matéria veiculada no site da IG<sup>5</sup>, o cientista político Antônio Flávio Testa defende que o aumento da participação da população nas redes sociais não apenas força os candidatos a se prepararem melhor, como também a apresentar, em suas plataformas políticas, soluções realmente exequíveis, em vez de promessas vazias. Isso porque “ao mesmo tempo em que acontece a discussão política, o eleitor está participando. A sociedade muitas vezes se antecipa àquele debate pressionando os políticos”.

No mesmo artigo, Testa alerta que as redes sociais podem tanto construir como desconstruir imagens: “Vimos nas duas últimas eleições presidenciais a tentativa de grupos de denegrir a imagem de um candidato. Vinculando a imagem com mensagens sem apelo social”. Por outro lado, segundo ele, o resultado pode ser positivo se o candidato lograr êxito em fazer justamente o contrário: levantar questões de apelo social e a elas vincular sua imagem: “Você constrói uma liderança digital muito poderosa. Essa é a grande vantagem do bom uso das redes sociais”.

De acordo com ROLLO (2012), a propaganda eleitoral, quando feita da forma correta, informa o eleitor e apresenta influência positiva e decisiva no processo democrático. Assim, corrobora-se a ideia de que esse tipo de propaganda, além de inúmeros outros benefícios, permite que os candidatos e suas propostas sejam conhecidos pelos eleitores, os quais encontram maior proximidade e acesso para comparar os diversos programas apresentados e, conseqüentemente, escolher de forma consciente em quem depositar seu voto.

Só existe democracia plena se todos têm a possibilidade de acesso ao poder. É a propaganda eleitoral, diante da complexidade extrema da nossa sociedade atual, em que vizinhos muitas vezes sequer se conhecem, que permite que o candidato se torne conhecido perante o eleitor. As restrições à propaganda eleitoral tendem a perpetuar aqueles que já estão no poder e beneficia também aqueles que são conhecidos em virtude da sua profissão, como artistas, jogadores de futebol, apresentadores, enfim, aqueles que têm acesso aos meios de comunicação de massa (ROLLO: 2012).

É justamente em virtude de sua importância para a democracia que a propaganda eleitoral deve ser a mais ampla e abrangente possível e por isso não se pode olvidar, na

---

<sup>5</sup> <<http://ultimosegundo.ig.com.br/eleicoes/2016-09-27/eleicoes-redes-sociais.html>> Acesso em: 29.09.2017.

sociedade moderna, as diferentes formas de comunicação de massa, neste trabalho representadas, de modo peculiar, pela internet. Para ROLLO (2012),

[...] a propaganda eleitoral por meio da internet tem uma série de vantagens, dentre as quais a sua gigantesca repercussão. Mas ela também permite o conhecimento amplo das características pessoais e das propostas de campanha dos candidatos, além de não sujar as cidades, porque as publicações são feitas em um ambiente virtual.

Como anteriormente citado, a rede proporciona um espaço inigualável para o debate democrático, tendo surgido como grande sensação nas eleições dos últimos anos. De acordo com Brito & Longhi (2014), "nunca se falou tanto de política nas redes sociais como se fala atualmente".

No bojo de sua imensa popularidade, que engloba anônimos e famosos, ricos e pobres, adultos e jovens, cultos e incultos, engajados e alienados, a internet tem propiciado um espaço essencialmente democrático, em que as pessoas se sentem impelidas a criticar, apoiar, denunciar. Um espaço em que as vozes das ruas, dos sindicatos, das associações e dos mais variados segmentos ecoam e se propagam. Segundo Brito & Longhi (2014),

Nas eleições de 2012, o que deu dinâmica aos debates de rádio e televisão foi a repercussão antes, durante e depois nas redes sociais. Eleitores, cabos eleitorais e simpatizantes declinavam suas opiniões sobre cada pergunta e resposta dada pelos candidatos. Os candidatos tiveram a oportunidade de observar os comentários e receber um retorno sobre seu desempenho no debate. Alguns optaram por complementar as respostas, esclarecer pontos obscuros e corrigir falhas, outros apenas por acompanhar os comentários e incrementar os discursos futuros.

Da mesma forma nas eleições de 2014 e 2016, em que os debates igualmente tomaram conta das redes sociais e os eleitores passaram de simples coadjuvantes a atores importantes e determinantes em todo o processo desenvolvido. Talvez, o mais significativo de tudo seja o fato de que a internet tenha aberto um espaço onde os debates passaram a incluir também, além dos intelectuais e engajados, aqueles que antes acompanhavam a disputa às margens da política, seja por receio, seja por falta de condições de se fazer ouvir. Dessa forma, o cenário onde agora a propaganda eleitoral

acontece é mais democrático, por diminuir as diferenças e promover a aproximação dos desiguais. Nos dizeres de Brito & Longhi (2014):

[...] a abrangência da rede transcendeu as barreiras impostas pela divisão de classes sociais e de seletividade intelectual. Eleitores de todos os grupos sociais, ligados ou não à política, estão conectados e ansiosos por conhecer e, especialmente, por criticar e elogiar os novos candidatos.

É possível asseverar, portanto, que a utilização da propaganda eleitoral na internet apresenta, como uma de suas principais vantagens, a queda de barreiras econômicas, sociais e culturais e a aproximação e interação dos eleitores com os candidatos e suas propostas. Sobre esse tema, ALMEIDA (2002) dispõe que:

A Internet tornou-se um importante meio de interação entre as pessoas, que hoje podem comunicar-se instantaneamente a partir de qualquer lugar do planeta. Nesse contexto, surgiu uma nova plataforma "e-leitoral", onde a facilidade para transmitir informações e o baixo custo tem conquistado um grande número de candidatos que desejam utilizar a Internet para se promover e suprir o resumido espaço de tempo que lhes é destinado no rádio e na televisão. Hoje, a maioria dos partidos políticos possui "homepages", através das quais divulgam seus programas de governo, dados dos candidatos, fotos, músicas da campanha, agenda de compromissos e notícias sobre o pleito.

Finalmente, outra grande vantagem da utilização da propaganda eleitoral na internet é que ela não se impõe, como os programas eleitorais gratuitos apresentados no rádio e na televisão, mas depende da vontade e iniciativa do internauta, que se dispõe a acessá-la. Tampouco polui o ambiente, por veicular exclusivamente no universo virtual. A propaganda eleitoral, consoante ROLLO (2012),

Quando é veiculada no rádio e na televisão, atrapalha as notícias sobre o trânsito e o horário da novela. Quando é veiculada por meio de placas, cartazes, faixas e impressos, causa poluição visual e obstrui os bueiros e bocas de lobo. Quando é veiculada através de telemarketing, atrapalha o sossego e invade a privacidade do eleitor nos momentos em que está em casa descansando.

Pela importância, repise-se o pensamento do autor, para quem a propaganda na internet apresenta uma série de proveitos, entre os quais a preservação do meio ambiente, por acontecer em espaço virtual e dessa forma não sujar as cidades, bem como a preservação da intimidade do eleitor, que tem a faculdade de escolher não somente as informações que deseja acessar, mas também, e principalmente, *quando* acessar.

A propaganda eleitoral por meio da internet tem uma série de vantagens, [...] além de não sujar as cidades, porque as publicações são feitas em um ambiente virtual. A propaganda eleitoral na internet não atrapalha o eleitor, porque este é quem decidirá o momento mais apropriado para conhecer as informações que lhe foram oferecidas no mundo virtual (ROLLO: 2012)

Assim, devido à imensurável importância da propaganda feita pela internet para o processo eleitoral, Brito & Longhi (2014) denotam a necessidade de se incentivar os candidatos e seus assessores a criarem uma "militância *online*". Os autores, porém, advertem: "é imprescindível que disponham de uma coordenação por profissionais do direito, do *marketing* e da informática, para que tudo seja conduzido para o benefício da campanha, não ao seu prejuízo" (BRITO & LONGHI: 2014).

## 6 CONCLUSÃO

São muitas as questões suscitadas pelo tema proposto. Inicialmente, pode-se perguntar até que ponto a politização dos indivíduos, alcançada por meio das discussões desenvolvidas nas redes sociais, poderia de fato contribuir para a formação de cidadãos conscientes de sua cidadania. Seria legítimo, igualmente, o questionamento sobre a proporção da redução das desigualdades e das diferenças sociais, culturais e econômicas promovidas pela rede que poderia ser alcançada fora do mundo virtual.

Outro viés significativo a ser explorado é a questão ambiental e, ainda, a formação de uma nova geração de eleitores dispostos a se envolver de forma mais direta e pessoal com as campanhas eleitorais realizadas no universo virtual. Ademais, não seria imprudência ponderar se o caminho inverso também pode vir a ocorrer, ou seja, a construção de barreiras e isolamento das minorias que não possuem acesso à internet e às redes sociais.

A questão vital, contudo, seja talvez a quebra de paradigmas e a consequente abordagem contemporânea da justiça eleitoral face às mudanças ocorridas nas últimas campanhas eleitorais. De qualquer forma, a proposta do presente trabalho é descortinar novos caminhos e contribuir com uma perspectiva a mais que possa conduzir e inspirar a busca por outras respostas e outros debates, pois, é importante ressaltar, o terreno é fértil e certamente produzirá ainda muitos frutos na seara acadêmica.

O certo é que a internet provocou uma verdadeira revolução nas questões eleitorais e, sem dúvida alguma, é possível estimar que os próximos anos trarão outras surpresas e outras formas de se pensar e de se fazer propaganda política e eleitoral, com a consolidação de vantagens já reveladas pelo modelo ora desenvolvido, bem como com a apresentação de novos benefícios, novas propostas e novos desafios.

## 7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Augusto Lins da Costa. A propaganda eleitoral na internet. Publicado na RESENHA ELEITORAL - Nova Série, v. 9, n. 2 (jul./dez. 2002). Disponível em <[https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impresas/integra/2012/06/a-propaganda-eleitoral-na-internet/index9032.html?no\\_cache=1&cHash=30989597db44ce8330659815829254bf](https://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impresas/integra/2012/06/a-propaganda-eleitoral-na-internet/index9032.html?no_cache=1&cHash=30989597db44ce8330659815829254bf)> Acesso em: 30.09.2015.

BRITO, Auriney e LONGHI, João Victor R. Propaganda eleitoral na internet. São Paulo: Saraiva, 2014.  
LEI 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Alterada pela Lei 12.034 de 2009. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm)> Acesso em: 21.09.2017.

MIRANDA, Eduardo Barbosa de. A propaganda eleitoral na internet por intermédio da prática de envio de correspondência eletrônica não autorizada. Jus Navigandi. Publicado em 07/2009. Elaborado em 03/2007. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/13114/a-propaganda-eleitoral-na-internet-por-intermedio-da-pratica-de-envio-de-correspondencia-eletronica-nao-autorizada/1>> Acesso em: 21.09.2017.

MOURA FILHO, Colemar José de. Os limites das eleições nas redes sociais. Jus Navegandi. Publicado em 09/2014. Elaborado em 03/2014. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/31732/os-limites-da-eleicao-nas-redes-sociais>> Acesso em: 15.09.2017.

PINTO, Emmanuel Roberto G. de Castro. Aspectos jurídicos da propaganda eleitoral na internet. TRE-PR Revista Paraná Eleitoral - n. 073 - 2010. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n073-2010-emmanuel-roberto-girao-de-castro-pinto/view>> Acesso em: 15.09.2017.

PRATA, Anna Carolina G. T. da Cunha. A propaganda eleitoral na internet. DireitoNet. 06/maio/2013. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7965/A-propaganda-eleitoral-na-internet>> Acesso em: 12.09.2017.

ROLLO, Arthur. A propaganda eleitoral na internet. Jornal Carta Forense. 02/08/2012. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-propaganda-eleitoral-na-internet/9093>> Acesso em: 12.09.2017.

SENA, Adriano. Modificações na propaganda eleitoral e na propaganda partidária promovidas pela minirreforma eleitoral de 2013. Revista Eletrônica EJE n.6, ano 4. 3 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-4/modificacoes-na-propaganda-eleitoral-e-na-propaganda-partidaria-promovidas-pela-minirreforma-eleitoral-de-2013>> Acesso em: 12.09.2017.

**Acesso à Justiça no Direito Eleitoral: Obstáculos e Alternativas**

**Access to Justice in Electoral Law: Obstacles and Alternatives**

**Ronaldo de Almeida Neto**

Formado em Direito, com ênfase em Direito Público. Aprovado no VI Concurso da Defensoria Pública da União para o cargo de Defensor Público Federal. Advogado em São Paulo. Pós-graduando em Direito Eleitoral pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista.

**Resumo**

O artigo tem por objeto o quadro atual de acesso à Justiça no Direito Eleitoral. Objetiva investigar os obstáculos de acesso à Justiça e propor soluções emergenciais e provisórias. O método de pesquisa adotado contou com entrevistas com defensores públicos federais e com análise bibliográfica, legislativa e jurisprudencial sobre o tema. A conclusão propõe medidas emergenciais e provisórias - porquanto sujeitas à inconstitucionalidade progressiva - consubstanciada na criação de cargos eleitorais na DPU, na atribuição de competência eleitoral às Defensorias Estaduais e na organização de um sistema de advocacia dativa.

Palavras-chave: acesso à Justiça; assistência jurídica integral e gratuita; Defensoria Pública; advocacia dativa;

**Abstract**

The article focuses on the current situation of access to Justice in Electoral Law. It aims to investigate the obstacles to access to Justice and to propose emergency and provisional solutions. The adopted method includes interviews with federal public defenders, bibliographical, legislative and case law research. The conclusion proposes emergency and provisional measures - as they are subject to progressive unconstitutionality - consubstantiated in the creation of electoral offices in the Union Public Defense, in the attribution of electoral competence to State defenders and in the organization of a dative advocacy system.

Keywords: access to Justice; free and full legal assistance; Public Defense, judicare system.

## **Acesso à Justiça no Direito Eleitoral: Obstáculos e Alternativas**

**SUMÁRIO.** 1. Introdução e Delimitação do Tema. 2. O Acesso à Justiça. 2.1 Gratuidade de Justiça e Assistência Jurídica Gratuita: Uma Introdução Necessária. 2.2 Gratuidade de Justiça. 2.3 Assistência Jurídica Integral e Gratuita. 2.3.1 Dos Modelos de Assistência Jurídica Gratuita. 2.3.2 Defensoria Pública: breve introdução. 3. Defensoria Pública da União no Direito Eleitoral. 4. Os Obstáculos ao Acesso à Justiça no Direito Eleitoral. 4.1 Do Estado da Arte do Acesso à Justiça Eleitoral. 5. Das Ações Emergenciais para Mitigar os Obstáculos. 5.1 Ofícios Eleitorais na DPU com atribuição para zonas eleitorais para além da sede. 5.2 Da Participação das Defensorias Públicas Estaduais na Justiça Eleitoral. 5.3 Da Uniformização do Sistema de Advocacia Dativa e Voluntária. 6. Conclusão. Referências Bibliográficas

### **1. Introdução e Delimitação do Tema**

O acesso à Justiça é direito constitucionalmente assegurado, consagrado pela conjugação da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LX) e da assistência jurídica integral e gratuita, a ser fornecida pelo Estado (art. 5º, LXXIV). A Constituição Federal estabeleceu a Defensoria Pública - instrumento e expressão do regime democrático -, vocacionada à prestação do serviço de assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, como forma de garantir, de modo igualitário, o direito de acesso à Justiça (art. 134, CF).

No âmbito eleitoral, a atuação em prol dos hipossuficientes recai sobre a Defensoria Pública da União, a qual atua administrativa, judicial e extrajudicialmente a garantir o acesso à Justiça<sup>1</sup>. Não obstante a atribuição legal que lhe é conferida, percebe-se a impossibilidade fática imediata de se garantir um Defensor Público Federal em cada zona eleitoral, nos termos em que aponta a Constituição Federal (art. 98, §1º, ADCT<sup>2</sup>). Para se ter ideia do descompasso, a Justiça Eleitoral se constitui, em 1º instância, em 3.040 zonas eleitorais, e, a Defensoria Pública da União possui 627 membros ao todo<sup>3</sup>.

Ademais, a ausência de regulamentação de modelo de advocacia dativa no âmbito da

---

<sup>1</sup> A divisão de atribuição no âmbito das Defensorias Públicas é definida pela LC nº 80/94.

<sup>2</sup> Art. 98. [...] § 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no *caput* deste artigo.

<sup>3</sup> Conforme apontado no estudo Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União (BRASIL, 2015).

Justiça Eleitoral, com exceção do Estado de Mato Grosso do Sul<sup>4</sup>, constitui severo obstáculo ao acesso à Justiça, na medida em que os convênios tradicionais, em geral, não versam sobre as justiças especializadas. No Estado de São Paulo, a situação tornou-se crítica a ponto de o Ministério Público Eleitoral instaurar procedimento a fim de apurar a deficiência de assistência jurídica<sup>5</sup>.

Desse modo, apresenta-se alarmante o estado atual do acesso à Justiça em matéria eleitoral. Urge, a fim de se atender ao mandamento constitucional, a elaboração de modelos alternativos de lotação dos Defensores Públicos Federais, assim como o desenvolvimento de modelos complementares de assistência jurídica gratuita.

Tanto nos feitos civis quanto nos criminais, a ausência de defesa técnica inviabiliza a participação do sujeito no processo. Se nos feitos civis o resultado é a não provocação do Poder Judiciário - *procura judicial suprimida*<sup>6</sup> - ou a revelia, nos feitos criminais ocorre a impossibilidade de prosseguimento do processo, em razão de nulidade absoluta<sup>7</sup>.

Desse modo, a fim de apontar possíveis soluções, o presente artigo, partindo do conceito de acesso à Justiça e seus instrumentos, investiga a competência legal para assistência judicial integral e gratuita e os respectivos obstáculos ao acesso à Justiça Eleitoral.

## **2. O Acesso à Justiça**

Na introdução da clássica obra sobre acesso à Justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth alertam o leitor sobre a sua dificuldade de conceituação (1988, p. 8). De modo bastante sucinto, apresenta-se aqui o conceito de acesso à justiça como o *direito a ter direitos efetivos*, na medida em que ser destinatário de um direito, sem dispor dos mecanismos aptos a garantir a sua implementação e respeito pelos demais, equipara-se, na realidade fática, em simplesmente não tê-los.

Em linhas gerais, parcela da doutrina constitucional brasileira conceitua o acesso à Justiça como sinônimo de inafastabilidade da jurisdição (CUNHA JÚNIOR, p. 637, e SILVA, p. 435). Contudo, trata-se de interpretação por demais estreita que merece ser revista.

---

4<sup>1</sup> Sobre o tema, o TRE-MS expediu as Resoluções 365/07 e 390/08.

5<sup>1</sup> Processo Administrativo 1.03.000.000406/2011-96, instaurado em 2011, pelo então Procurador Regional Eleitoral André de Carvalho Ramos. Passados mais de 7 anos da constatação da situação caótica da assistência jurídica gratuita no Estado de São Paulo, a inércia em dar solução ao caso permanece.

6<sup>1</sup> Expressão utilizada por Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, p. 33).

7<sup>1</sup> Amélia Soares Rocha, apontando a necessária interrelação e indivisibilidade entre os direitos humanos, descreve que a assistência jurídica gratuita, embora dirigida, enquanto serviço público, somente aos vulneráveis, gera benefícios a toda a coletividade, em especial, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Em relação à impunidade, aponta “poucos param pensar que muitos processos são anulados – e acabam por gerar impunidade – justamente por ausência ou deficiência de contraditório e ampla defesa. A presença da defesa não é para garantir a absolvição, mas o julgamento justo; é fator de legitimação do julgamento, seja de ricos ou de pobres. E não se pode abrir mão de legitimidade numa Democracia” (ROCHA, 2013. p. 77/78).

Com efeito, observa-se que a universalidade da jurisdição é apenas um dos pilares que fornece concretude ao direito de acesso à justiça<sup>8</sup>. O acesso ao ordenamento jurídico deve se basear em um acesso substancial, isto é, pautado pelos princípios basilares do processo, em especial, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV). Ademais, o acesso à justiça deve se dar de modo igualitário entre todos os cidadãos, e, nesse sentido, a previsão de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV), sem a qual exatamente a parcela mais vulnerável ao arbítrio do poder estaria alijada da tutela jurisdicional (SARMENTO, 2017)<sup>9</sup>.

Em relação ao acesso igualitário à justiça, cite-se a observação de Franklyn Roger e Diogo Esteves, a partir da análise das teses contratualistas:

Tendo o Estado assumido o monopólio da jurisdição, assumiu também o compromisso de assegurar a igualdade de todos perante a lei, bem como garantir a igualdade de oportunidades para acessar a ordem jurídica justa. (ESTEVES, 2017, p.1)

O direito de acesso à Justiça representa, pois, a afirmação do Estado de Direito, na medida em que impõe, por meio da igualitária provocação do Poder Judiciário, a solução dos conflitos por meio do ordenamento jurídico. Negar acesso à Justiça é negar a própria efetividade do ordenamento jurídico, tornando-o mera construção simbólica.

Se o acesso à Justiça necessita ser igualitário, também deve ser pautado por um procedimento justo. André de Carvalho Ramos, aponta que, para além da mera possibilidade de “requerer a manifestação do Poder Judiciário sobre pretensa ameaça de lesão ou lesão a direito” (RAMOS, 2015, p. 706). Assim, o acesso à Justiça abrange também um *aspecto substancial*, o que já fora alertado por Mauro Cappelletti. No Brasil, alguns mecanismos dão lhe concretude:

A segunda faceta é a material ou substancial, e consiste na efetivação desse direito: (i) por meio do reconhecimento da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem a insuficiência de recursos (Art. 5º, LXXIV); (ii) pela estruturação da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado (art. 134); (iii) pela aceitação da tutela coletiva de direitos e da tutela de direitos coletivos, que possibilita o acesso a justiça de várias demandas reprimidas; e, (iv) pela exigência de um devido processo legal em prazo razoável, pois não basta possibilitar o acesso à justiça em uma ambiente

---

8<sup>1</sup> Para mais, ver Curso de Direitos Humanos, no qual André de Carvalho Ramos, discorrendo sobre o acesso à justiça, aponta que: “Concretiza-se, assim, o princípio da universalidade da jurisdição ou inafastabilidade do controle judicial, pelo qual o Poder Judiciário brasileiro não pode sofrer nenhuma restrição para conhecer as lesões ou ameaças de lesões a direito. Esse direito é tido como de natureza assecuratória, uma vez que possibilita a garantia de todos os demais direitos, sendo oponível inclusive ao legislador e ao Poder Constituinte Derivado, pois é cláusula pétrea de nossa ordem constitucional” (RAMOS, 2017. p. 706/707).

9<sup>1</sup> Sobre exclusão social, violência e acesso à justiça, merece consulta a obra o Parecer de Daniel Sarmento acerca da Autonomia da DPU (SARMENTO, 2017, p. 378/379). E, também as lições de Amélia Soares da Rocha (ROCHA, 2013. p. 1/2).

judicial marcado pela morosidade e delonga. (RAMOS, 2015, p. 707).

Nesse linha e conforme as lições de J. J. Gomes Canotilho, percebe-se que o acesso à Justiça não se constitui somente por um direito fundamental de *natureza negativa*, a impedir o Estado de criar obstáculos ao acesso à Justiça, mas também possui uma *dimensão positiva* ou *prestacional*, na medida em que o Estado deve prover a existência do Poder Judiciário, de elaborar mecanismos para a gratuidade, de assegurar a existência de procedimentos e órgãos destinados a fornecer um acesso igualitário à justiça (p. 501)<sup>10</sup>.

Por fim, resta claro que o acesso à Justiça configura-se como direito fundamental (ALVES, 2016), na medida em que dele depende a aderência de todos os demais direitos contemplados no ordenamento jurídico. Dada à sua essencialidade para a consagração dos demais direitos, Ana Paula Barcellos elenca-o como um dos núcleos da dignidade da pessoa humana. (2008, p. 325)<sup>11</sup>.

Assim, o acesso à Justiça se constitui em direito fundamental de ordem negativa e prestacional a assegurar a provocação do Poder Judiciário, de modo igualitário, por meio de um procedimento pautado pelo devido processo legal.

O estudo do acesso à Justiça também engloba o reconhecimento de fatores que o prejudiquem e a criação de mecanismos para a sua superação. Assim, em face aos obstáculos de ordem econômica, o Estado estabelece o direito à gratuidade de justiça, desonerando aqueles que não tenham condições de arcar com a provocação do Poder Judiciário. Contudo, há também outras espécies de obstáculo, para os quais se prevê a assistência jurídica integral e gratuita.

## **2.1 Gratuidade de Justiça e Assistência Jurídica Gratuita: Uma Introdução Necessária**

Gratuidade de justiça e assistência jurídica gratuita são expressões que, embora voltadas ao objetivo único de garantir o acesso à Justiça das parcelas sociais vulneráveis, não se confundem. Não é por outra razão que é possível que a parte seja, em um mesmo processo, titular do direito à gratuidade e não da assistência jurídica gratuita e vice-

---

10<sup>1</sup> “A garantia do acesso aos tribunais perspectivou-se, até agora, em termos essencialmente “defensivos” ou garantísticos: defesa dos direitos através dos tribunais. Todavia, a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também *dimensões de natureza prestacional* na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciários e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações (“apoio judiciário”, “patrocínio judiciário” dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos (CRP, artigo 20). O acesso à justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades.”

11<sup>1</sup> A autora fundamenta a sua tese nos seguintes termos: “Em um Estado de direito, como já se referiu, não basta a consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos. Dizer que o acesso à Justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: o Judiciário”. (BARCELOS, 2008, p. 325).

versa<sup>12</sup>.

Antes da promulgação do Novo Código de Processo Civil, ambas gravitavam em torno Lei nº 1.060/1950, a qual utilizava os termos como sinônimos<sup>13</sup>. Contudo, com a evolução dos estudos acerca do acesso à justiça e da maturação dos institutos que lhe são próprios, em especial com o advento da Lei Orgânica da Defensoria (LC nº 80/94) e do Novo Código de Processo Civil, delimitaram-se claramente os institutos<sup>14</sup>.

## 2.2 Gratuidade de Justiça

A gratuidade de justiça relaciona-se à superação dos obstáculos monetários à provocação ao Poder Judiciário, assim como aos relacionados ao desenvolvimento do processo. No direito brasileiro, vincula-se com a *vulnerabilidade econômica*, na medida em que será destinatário aquele que comprovar a “insuficiência recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça [...]” (art. 98, CPC).

Alerta a doutrina que se trata da “dispensa provisória da antecipação do pagamento das despesas judiciais ou extrajudiciais, necessárias ao pleno exercício dos direitos do hipossuficiente” (ESTEVES, 2017, p. 142). Assim, o credor somente ficará impedido de executar os valores caso a situação de hipossuficiência permaneça por 5 anos (art. 98, §3, CPC).

Aponta-se a natureza em parte tributária da gratuidade (taxa e emolumentos), a se constituir em uma isenção tributária<sup>15</sup>, e em parte processual (honorários e despesas civis) (ESTEVES, 2017, p. 148).

Ainda, a gratuidade de justiça é direito endoprocessual, contudo, pode ter seus efeitos estendidos aos atos extrajudiciais necessários à efetivação da tutela jurisdicional, tais quais os relativos ao registro da sentença em cartório (art. 98, §1º IX, CPC). Trata-se de

---

12<sup>1</sup> Para tanto, basta imaginar o caso de um indivíduo, de posses medianas, cuja pretensão jurídica envolva a realização de uma perícia que se aproxime a uma soma extremamente vultosa. Neste caso, poderá o juízo conceder a gratuidade nos termos do Código de Processo Civil, mas, nem por isso, o indivíduo será automaticamente assistido pela Defensoria Pública ou deverá ter advogado custeado pelo Estado. Ademais, a Defensoria Pública, ao atuar em sua função de curadoria especial (art. 72, parágrafo único, CPC), não faz presumir a necessidade de gratuidade de justiça, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

13<sup>1</sup> A doutrina tradicional, no nascedouro da Defensoria Pública, entendia os termos como sinônimos. Nesse sentido, na dicção de Ferreira Filho: “A Defensoria Pública é o órgão da administração pública que se atribui, por meio de seus agentes, a defesa, em juízo, das partes que não possuem condições de pagar honorários de advogados, sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família (Lei 1.060, de 5-2-1950, e Lei n. 4215, de 27-4-1963)” (FERREIRA, p. 181).

14<sup>1</sup> Para uma análise aprofundada acerca da confusão terminológica das expressões gratuidade de justiça, assistência jurídica e assistência judiciária, ver: ESTEVES, 2017, p. 141/309 e ROCHA, 2013, p. 87/88.

15<sup>1</sup> Em sentido contrário, em 9 de dezembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 249003 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, concluiu ser a gratuidade de justiça uma espécie de imunidade tributária, porquanto prevista diretamente na Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXIV.

matéria submetida à reserva de jurisdição, operando-se *ope judicis*.

Em relação à Justiça Eleitoral, a discussão acerca da gratuidade perde parcial relevância, na medida em que não há custas, despesas processuais ou condenação em honorários, com exceção somente dos processos criminais e executivos fiscais, por força do art. 373, parágrafo único, do Código Eleitoral.

A gratuidade na Justiça Eleitoral é tema recorrente no TSE, o qual, por diversas vezes, a ratificou, como no RESPE nº 23027/PR (13.10.2004)<sup>16</sup>, RESPE nº 12.783/MG<sup>17</sup> 18.04.1997 (18.04.1997), RESPE nº 13.101 (04.04.1997) e, como precedente remoto, no RCED nº 268 (11.03.1971)<sup>18</sup>. É reiterado o entendimento de que os atos eleitorais configuram uma manifestação da cidadania, de modo a incidir o art. 5º, LXXVII, da CF, com a mediação dada pela Lei nº 9.265/96 (art. 1º, I e IV)<sup>19</sup>.

Em uma interpretação teleológica, consoante o artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, conclui-se que a toda gama de procedimentos e ações de caráter administrativo ou cível-eleitoral – alistamento eleitoral, filiação e infidelidade partidária, registro de candidatura, prestação de contas de campanha e impugnações aos diplomas e mandatos eleitorais – deve ser estendida a gratuidade, sobretudo porque repercutem, de alguma forma, no exercício da cidadania e soberania popular. (COUTO, 2015, p. 23).

Assim, a gratuidade opera, no Direito Eleitoral, de forma *ope legis*, na medida em que o próprio ordenamento a determina, de forma *a priori*, sem que se verifique a eventual fortuna das partes envolvidas (GOMES, 2016, p. 651). Portanto, custas, taxas, honorários de sucumbência e preparo para recursos não são obstáculos ao acesso à Justiça Eleitoral (JORGE, 2017, p. 657).

### 2.3 Assistência Jurídica Integral e Gratuita

A assistência jurídica integral e gratuita constitui-se em direito fundamental<sup>20</sup>, conforme

---

16<sup>1</sup> Recurso Especial Eleitoral nº 23027, Relator(a) Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 13/10/2004.

17<sup>1</sup> Recurso Especial Eleitoral nº 12.783/MG, Relator(a) Min. Paulo Roberto Saraiva Da Costa Leite, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 18/04/1997, Página 13862.

18<sup>1</sup> Recurso contra Expedição de Diploma nº 268, Relator(a) Min. Armando Leite Rolemberg, Publicação: BEL - Boletim eleitoral, Volume 00247, Tomo 01, Página 432.

19<sup>1</sup> Art. 1º São gratuitos os atos necessários ao exercício da cidadania, assim considerados:  
I - os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, a que se reporta o art. 14 da Constituição; [...]

IV - as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso do poder econômico, corrupção ou fraude;

20<sup>1</sup> A assistência jurídica integral e gratuita foi, de modo inovador, alocada como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988. Com propriedade, aponta Tiago Fensterseifer: “No tocante ao regime jurídico-constitucional estabelecido para a assistência jurídica (integral e gratuita) às pessoas necessitadas, é importante consignar que a nossa Lei Fundamental de 1988, com absoluta

assegura a Constituição Federal em seu art. 5º, LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”. Para Ingo Sarlet trata-se de *direito fundamental à prestação estatal*, conglobando a ideia de educação em direitos e a existência de um processo substantivo, com o fim de assegurar os objetivos da República por meio do acesso à Justiça (SARLET, 2017, p. 825).

No Brasil, com a promulgação da Constituição da República de 1988, o serviço de assistência jurídica integral e gratuita foi destinado à Defensoria Pública (MENDES, 2015, p. 1.039)<sup>21</sup>, cuja função se constitui na “orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição”. Ainda, a LC nº 80/94, em seu art. 4, § 5º, prevê que: “A assistência jurídica integral e gratuita custeada ou fornecida pelo Estado será exercida pela Defensoria Pública.”

A expressão *assistência jurídica* – e não mais assistência judiciária - denota que o auxílio para a resolução do conflito deve se dar tanto na via judicial quando extrajudicial, a qual envolve a educação em direitos, consultoria jurídica, audiências públicas, recomendações, requisição de documentos, participação na elaboração de políticas públicas, comunicação com o Poder Público, dentre outros<sup>22</sup>. Ainda, o vocábulo integral aponta à ampla legitimidade do Defensor Público ao buscar a solução para o conflito, podendo, inclusive, peticionar aos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos<sup>23</sup>.

Os titulares do direito de assistência jurídica integral e gratuita são aqueles que comprovem, na dicção do art. 5º, LXXIV, *insuficiência de recursos*. O conceito de *recursos* extrapola a dimensão econômica, de modo a abarcar outras espécies.

Com efeito, a hipossuficiência econômica é a mais tradicional forma de se observar a insuficiência de recursos capaz de desigualar as partes em uma eventual demanda

---

vanguarda em relação a outros sistemas constitucionais, levou a cabo verdadeira revolução em prol das pessoas em condições de especial vulnerabilidade, ao pronunciar, para além de um *dever de proteção* do Estado brasileiro, também um *direito fundamental* do indivíduo e da coletividade.” (FENSTERSEIFER, 2017. p. 167).

21 <sup>1</sup> “Não é dado ao ente da Federação optar pela entrega à OAB dos misteres da Defensoria Pública – entidade a quem, de modo expresse, o constituinte confiou a assistência jurídica dos desvalidos (ADI 3.892). Não contraria a Constituição, todavia, a celebração de convênio – desde que não exclusivos nem obrigatórios -, tendo por objeto a assistência judiciária aos necessitados (ADI-MC 558)”.

22 <sup>1</sup> A esse respeito importa registrar que a Defensoria Pública deve ser associada à ideia da “assistência jurídica” e não de “assistência judiciária”, uma vez que não existe identidade conceitual entre as expressões citadas. Vale dizer, “assistência” é vocábulo que está associado à ideia de ajuda/amparo, de maneira que, quando associada ao adjetivo “judiciária” faz referência ao auxílio prestado em processo judicial. “Assistência jurídica”, por outro lado, é expressão mais abrangente que, englobando o significado daquela primeira, traduz forma de auxílio jurídico, judicial ou extrajudicial”. (BOSON, 2016, p. 19).

23 <sup>1</sup> Previsão da Lei Complementar nº 80/94, art. 4º, VI.

judicial<sup>24</sup>. Todavia, a insuficiência de recursos merece interpretação ampla, a contemplar todas aquelas desigualdades fáticas aptas a refletir negativamente no direito de acesso à justiça<sup>25</sup>. Nesse sentido, a lição de Ada Pellegrini Grinover<sup>26</sup> e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>27</sup>.

Em suma, a assistência jurídica visa à superação dos obstáculos, mas diferentemente da gratuidade, também se relaciona com os obstáculos informacionais (educação em direitos), culturais (aversão à resolução dos conflitos via Poder Judiciário), organizacionais (litigantes não eventuais), etc. Assim, a hipossuficiência a ensejar o direito à assistência jurídica gratuita não é apenas a de recursos monetários, mas se relaciona com uma perspectiva de *vulnerabilidade* (ESTEVES, 2017, p. 274).

Por se tratar de serviço público, o deferimento da assistência jurídica integral e gratuita constitui-se em ato administrativo cuja titularidade recai somente ao defensor público natural, o qual atuará, com independência funcional (art. 134, §4º, CR), na aferição de vulnerabilidade da parte requerente. Não há, pois, qualquer participação do Poder Judiciário no deferimento da assistência jurídica pela Defensoria Pública, instituição autônoma (art. 134, §3º, CR), nem possibilidade de impugnação endoprocessual<sup>28</sup>.

---

24<sup>1</sup> Em grande parte, a interpretação da expressão *insuficiência de recursos* como sinônimo de insuficiência de recursos financeiros decorre da redação da Lei nº 1.060/50, a qual muitas vezes tomava como sinônimo a gratuidade de justiça e assistência jurídica gratuita. Contudo, com a evolução dos institutos e sua adequada desvinculação, a confusão não mais permanece.

25<sup>1</sup> Em mesmo sentido, Amélia Soares da Rocha: “O fato é que na complexidade do mundo contemporâneo e diante do consenso, ainda que tardio, da efetividade dos direitos humanos, a interpretação de “necessitado” tem sido no sentido de pessoas em condição de vulnerabilidade, que nem sempre significa pessoa economicamente hipossuficiente, embora na maioria das vezes o seja também economicamente, numa “cumulatividade de desigualdade” (ROCHA, 2013, p. 81).

26<sup>1</sup> “Isso porque existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviço público, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc” (GRINOVER, 2008, p. 13).

27<sup>1</sup> No AREsp nº 50.212/RS, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou: “A Constituição Federal, em seu art. 134, reza que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. [...] A expressão “necessitados” deve ser interpretada de maneira mais ampla, não se restringindo, exclusivamente, às pessoas economicamente hipossuficientes, que não possuem recursos para litigar em juízo sem prejuízo do sustento pessoal e familiar, mas sim a todos os socialmente vulneráveis”. Em mesmo sentido, conferir o AgInt no REsp 1.510.99/RS e o REsp 1.264.116/RS.

28<sup>1</sup> Não se desconhece o Recurso Especial Eleitoral nº 3973097, no qual o TSE negou a atuação da Defensoria Pública na defesa criminal de réu economicamente abastado. Contudo, trata-se de julgado anterior ao reconhecimento formal da autonomia da Defensoria Pública da União (EC nº 74/13) e, por tal razão, encontra-se superado.

### 2.3.1 Dos Modelos de Assistência Jurídica Gratuita

Interessante ressaltar a diversidade de modelos possíveis para a assistência jurídica gratuita. A doutrina, resumidamente, aponta a existência de três grandes espécies: a) modelo caritativo ou *pro bono*; b) modelo *judicare* (modelo advogado privado); c) modelo *salaried staff* (modelo agente público)<sup>29</sup>. Deve-se ressaltar que a classificação sempre busca a função didática, e, que, na realidade, geralmente ocorre a conjugação dos diversos modelos, com a prevalência de um sobre os demais.

No Brasil, o modelo constitucionalmente adotado é o de *salaried staff* (art. 134, CF), composto por servidores públicos, os quais apresentam a Defensoria Pública. De forma complementar, a legislação infraconstitucional permite o modelo advogado privado naquelas localidades onde a Defensoria Pública não possua suficiente estrutura<sup>30</sup>.

O modelo *pro bono* traduz o exercício gratuito (*munus honorificum*) da advocacia pelo advogado privado<sup>31</sup>. Importante apontar que a atividade caritativa não se relaciona com a assistência jurídica gratuita enquanto *direito fundamental*, porquanto se consubstancia em uma atuação voluntária do profissional, e, também não depende de hipossuficiência econômica ou vulnerabilidade da parte.

O *judicare model*, por sua vez, estabelece a assistência jurídica como um direito, fornecido por advogados privados os quais são remunerados pelo Estado a cada feito atendido. É o típico caso dos advogados dativos no Brasil, seja por meio de convênios firmados entre a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil ou da Resolução CJP nº 305/2014, na Justiça Federal.

Tal modelo, embora enfrente a questão econômica, não supera algumas importantes barreiras ao acesso à Justiça. Com efeito, não há incentivo à educação em direitos das populações vulneráveis. Desenvolve-se como atividade tipicamente *judiciária* – e não jurídica –, já que incentiva a judicialização do conflito, porquanto dela depende a remuneração do advogado. Assim, não privilegia a cultura de resolução extrajudicial que se busca implantar no País. O modelo não oferece resposta aos direitos coletivos *lato sensu*, pois falta ao advogado dativo legitimidade para a substituição processual (CAPPELLETTI, 1988, p. 34). Ainda, em relação às tabelas de honorários devidos aos dativos, tem-se certo que os valores são inferiores àqueles praticados no mercado, o que “[e]m economias de mercado [...] a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também” (1988, p. 47).

---

29<sup>o</sup> Para aprofundamento, ver a clássica obra *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (CAPPELLETTI, 1988) e, para uma análise moderna, a obra de Franklyn Roger e Diogo Esteves (ESTEVES, 2017).

30<sup>o</sup> A previsão se encontra no art. 14, §2º, da LC nº 80/94: “Art. 14. [...] § 2º Não havendo na unidade federada Defensoria Pública constituída nos moldes desta Lei Complementar, é autorizado o convênio com a entidade pública que desempenhar essa função, até que seja criado o órgão próprio”.

31<sup>o</sup> A advocacia *pro bono* encontra regulamentação na Resolução nº 62/2009 do Conselho Nacional de Justiça, e, no Ato Provimento nº 116/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O *salaried staff model*, por seu turno, caracteriza-se pela constituição de agentes públicos com a função exclusiva de prestar o serviço público de assistência jurídica. O sistema possui algumas vantagens, notadamente, por dar ênfase na educação em direitos, na superação das barreiras geográficas e culturais do acesso à Justiça<sup>32</sup>, na interferência no processo legiferante, na participação em políticas públicas, e, no incentivo à solução extrajudicial dos conflitos. Por fim, cite-se o manejo das ações coletivas<sup>33</sup>.

Como pontos negativos, tem-se a possibilidade de formação de uma visão paternalista sobre os vulneráveis, entendendo-os como incapazes. O financiamento pelo Estado também é um ponto delicado, na medida em que grande parte das demandas e atuações ocorrem de forma contrária aos seus interesses. Assim, há sempre o risco de a instituição defensorial estatal sofrer retaliações por sua atuação combativa ou tornar-se subserviente com vistas à concretude de pautas corporativistas.

No Brasil, buscou-se amenizar a dependência das Defensorias em face do Poder Executivo ao conferir-lhes elevado grau autonomia e independência funcional. De toda forma, em 1978, Cappelletti e Garth apontavam:

Essa dependência pressupõe que uma sociedade tenha decidido que qualquer iniciativa jurídica para ajudar os pobres é desejável, mesmo que signifique um desafio à ação governamental e às ações dos grupos dominantes na sociedade. (CAPPELLETTI, 1988, p. 41).

Conforme apontado acima, a Constituição da República de 1988 adotou o modelo de serviço público para a prestação da assistência jurídica integral e gratuita (art. 134, CF). Contudo, dada à falta de estruturação das Defensorias Públicas, o modelo oficial depende da complementação do sistema de advogados dativos.

### **2.3.2 Defensoria Pública: breve introdução**

A Defensoria Pública é instituição autônoma<sup>34</sup> no plexo do Sistema de Justiça<sup>35</sup>, função

---

32<sup>1</sup> Aqui, cite-se as atividades de Justiça Itinerante praticadas pelas Defensorias e, em especial, os modelos alternativos de atendimento destinados a população em situação de rua.

33<sup>1</sup> A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela coletiva da está prevista no art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (incluída pela Lei nº 11.448/07), na art. 1º, art. 4º, X, da LC nº 80/94 (com redação dada pela LC nº 132/09). E, recebeu *status* constitucional com a Emenda Constitucional nº 80/14. Por fim, o STF declarou constitucional tal atribuição na ADI 3943.

34<sup>1</sup> A Defensoria Pública alcançou, formalmente, a autonomia por meio de sucessivas Emendas Constitucionais. A EC nº 45/04 conferiu autonomia às Defensorias Estaduais. Na sequência, a EC nº 69/12, previu a autonomia da Defensoria do Distrito Federal, sem, contudo, alterar o corpo da Constituição. Por fim, a EC nº 74/13, reconheceu a autonomia da Defensoria Pública da União e passou a incluir previsão em relação à Defensoria do Distrito Federal. Ademais, o STF já se pronunciou pela constitucionalidade da autonomia das Defensorias, notadamente na ADI 5296.

35<sup>1</sup> Consoante a lição de André de Carvalho Ramos, as emendas apontadas acima edificaram a equiparação entre as carreiras: “Essas emendas constitucionais recentes consagraram a equiparação constitucional da Defensoria Pública com a Magistratura e o Ministério Público, formando o arco público do sistema de justiça com regimes jurídicos similares” (RAMOS, 2017, p. 747).

essencial à justiça, destinada ao serviço de assistência jurídica integral e gratuita e à promoção dos direitos humanos. Constitui-se na escolha consciente do Poder Constituinte de 87/88 pelo modelo de serviço público para a prestação da assistência jurídica.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

A Defensoria Pública é a instituição pública vocacionada à emancipação social por meio da prestação do serviço de assistência jurídica integral e gratuita. Implica, pois, ser instrumento de “inclusão democrática dos necessitados no jogo discursivo do direito” (GONÇALVES FILHO, 2016, p. 13)<sup>36</sup>.

A inclusão aludida não opera somente mediante representação perante o Poder Judiciário, o que se dá por meio de uma defensoria combativa, mas engloba, com especial relevo, a educação em direitos, a busca primordial da solução por meios extrajudiciais (recomendações, requisições, mediação e conciliação) e a contribuição e participação na construção de políticas públicas (recomendações, audiências públicas com as populações afetadas), assim como influência no processo legislativo<sup>37</sup>.

Tendo em conta a revolução dos mecanismos e concepções relativas ao acesso à justiça, a proposta de construção de uma defensoria pública, nos moldes como está prevista sua atuação no Brasil, acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através da assistência prestada por profissionais formados e recrutados especificamente para esse fim; assistência jurídica especializada para a defesa de interesses coletivos e difusos; diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, através da conciliação e da resolução extrajudicial de conflitos e, ainda, atuação na educação para os direitos. (BOAVENTURA, p. 30).

A instituição possui autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária (art. 134, §2º e §3º, CF). E, é constituída sobre os princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional (134, §4º, CF).

Em relação à autonomia e o *deficit* de defensores, merece ressaltar a decisão do Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 800, a qual apontou o equívoco das decisões judiciais que determinam a lotação de defensor público. Com efeito, trata-se

---

<sup>36</sup> Para aprofundamento, ver: ALVES, 2017, p. 99.

<sup>37</sup> Nesse sentido, Amélia Soares Rocha: “[...] a Constituição brasileira colocou na Defensoria Pública a responsabilidade estatal de traduzir, identificar, sistematizar e protagonizar a maior aproximação das necessidades das pessoas em condição de vulnerabilidade não apenas do Judiciário, mas da efetiva e eficaz resposta à violação sofrida, o que se pode e deve dar ainda no plano extrajudicial ou na própria contribuição ao aprimoramento das políticas públicas e da produção das leis” (ROCHA, 2013, p. 6).

de matéria protegida pela autonomia das Defensorias Públicas, a qual, dentro dos limites da razoabilidade, dispõe de discricionariedade ao definir a lotação de seus membros.

Em mesmo sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, ao declarar a atipicidade da conduta do Defensor que não cumpre a determinação judicial de nomear defensor público a determinado processo:

[...] porque, a autonomia administrativa e a independência funcional asseguradas constitucionalmente às defensorias públicas não permitem a ingerência do Poder Judiciário acerca da necessária opção de critérios de atuação pelo Defensor Geral e a independência da atividade da advocacia<sup>38</sup>.

### **3. Defensoria Pública da União no Direito Eleitoral**

Por seu turno, a Defensoria Pública da União é o órgão estatal com atribuição para a concretização do direito de acesso à Justiça perante as “Justiças Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União” (art. 14, LC 80/94).

Em relação à divisão interna de atribuição, a LC nº 80/94 estabelece que os Defensores Públicos de 2º Categoria atuam junto às Juntas e Juízes Eleitorais (art. 20). Os Defensores de 1º Categoria exercem sua atribuição perante os Tribunais Regionais Eleitorais (art. 21). E, os Defensores de Categoria Especial ficam responsáveis pela atuação no Tribunal Superior Eleitoral (art. 22).

Cumprе ressaltar que não há ramo especializado na Defensoria Pública da União responsável pela atuação perante a Justiça Eleitoral, de modo que, diante da inexistência de um Ofício Eleitoral, as demandas são distribuídas aos Ofícios Cíveis ou Criminais, a

---

38<sup>1</sup> Veja-se, por oportuno, a respectiva ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRANCAMENTO DE INVESTIGAÇÃO PENAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. AÇÃO PENAL. RENÚNCIA DE DEFENSOR DATIVO. REQUISIÇÃO JUDICIAL. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO. NÃO CUMPRIMENTO. ATO DE GESTÃO DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA. ATIPICIDADE. OCORRÊNCIA.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Somente é cabível o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, seja em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, seja da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva, ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

3. A autonomia administrativa e a independência funcional asseguradas constitucionalmente às defensorias públicas não permitem a ingerência do Poder Judiciário acerca da necessária opção de critérios de atuação pelo Defensor Geral e a independência da atividade da advocacia.

4. Não configura o tipo penal de desobediência o não atendimento a requisição judicial de defensor público, pois lícita a designação de advogados pelo critério do possível, por seu gestor. Atipicidade reconhecida.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para trancar o procedimento investigatório nº 0042254-22.2013.8.24.0023, em trâmite no Juizado Especial Criminal da Capital do Estado de Santa Catarina. (HC 310.901/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016)

depende da matéria versada, em razão da competência territorial de cada Ofício, consoante o previsto na Resolução 63/2012 do CSDPU<sup>39</sup>.

Na área eleitoral, a Defensoria Pública da União atua na defesa dos interesses daqueles vulneráveis cujo acesso à Justiça seja impossível sua intervenção. A atuação integral abrange, por certo, tanto as matérias eleitorais-criminais quanto as eleitorais-cíveis.

No âmbito eleitoral-criminal, o Defensor Público Federal possui atribuição para a defesa do réu que não constitua advogado, independentemente de sua condição econômica, em razão do corolário da ampla defesa, do contraditório e da paridade de armas<sup>40</sup>.

No Estado Democrático de Direito, não é permitida a persecução criminal sem a devida defesa técnica (advogado constituído, advogado dativo ou defensor público). Atuando a Defensoria em benefício de réu não hipossuficiente, caberá o pedido de arbitramento de honorários, com fundamento no art. 263, parágrafo único<sup>41</sup>, do Código de Processo Penal, os quais serão destinados ao Fundo de Aparentamento e Capacitação Profissional da instituição, conforme previsão no art. 4º, XXI, da Lei Complementar 80/94<sup>42</sup>. Ressalte-se que aos defensores públicos é vedado o recebimento de honorários<sup>43</sup>.

---

39<sup>o</sup> Art. 7º. Os Núcleos e Ofícios da Defensoria Pública da União poderão ser especializados por matéria, conforme as possibilidades locais, de modo a garantir a maior efetividade e qualidade da prestação da assistência jurídica.

§ 1º. Caso não haja previsão expressa em portaria, as matérias trabalhista, eleitoral, administrativa, tributária, internacional e previdenciária serão de atribuição dos órgãos de atuação em matéria cível e os processos relativos aos crimes militares e eleitorais e execução penal de atribuição dos órgãos de atuação em matéria criminal comum.

40<sup>o</sup> Ada Pellegrini Grinover entende que todo réu em processo criminal é um vulnerável, independentemente de sua sorte econômica. Esse também é o entendimento do CSDPU, esposado na Resolução nº 133/14. Contudo, há de ressaltar a existência de grande divergência sobre a atuação das Defensorias, em matéria criminal, ao réu com recursos econômicos. Entende-se que tal atuação desvia os poucos recursos da Defensoria para aqueles que poderiam, por si mesmos, contratar advogado privado.

41<sup>o</sup> Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

42<sup>o</sup> Nesse sentido, é o art. 6º, §1º, e art. 7º, da Resolução 133 CSDPU: “Art. 6º. [...] § 1º A atuação na persecução criminal independe da necessidade econômica do beneficiário quando, na condição de réu, intimado para constituir Advogado, não o fizer, e os autos forem encaminhados à Unidade da Defensoria Pública da União. [...]”

Art. 7º. Nos processos criminais, se não restar demonstrado que a pessoa natural ou jurídica é necessitada econômica, deverá o Defensor Público provocar o juízo criminal para o arbitramento de honorários, os quais passam a constituir fonte de receita do Fundo de Aparentamento e Capacitação Profissional da Defensoria Pública da União, na forma do art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal e art. 4º, XXI, da Lei Complementar 80/94”.

Assim, ao não constituir advogado ou ter o seu patrono destituído, o juízo deve notificar a parte a fim de que constitua novo patrono<sup>44</sup>. Caso não haja a nomeação, apenas então deve o juízo remeter os autos à Defensoria Pública para que esta verifique a existência de hipótese de atuação ou, na sua impossibilidade, nomear advogado dativo.

Por outro lado, a Defensoria Pública da União também possui atribuição para atuar nas demandas de natureza eleitoral-cível, tais quais as decorrentes de alistamento eleitoral, filiação, infidelidade partidária, registro de candidatura, prestação de contas, propaganda, inelegibilidades, etc<sup>45</sup>. Em suma, a legitimidade de representação pela Defensoria apenas dependerá da existência de *vulnerabilidade* pela parte, nos termos da Resolução CSDPU nº 133, não havendo óbice em razão da matéria versada.

Ademais, também se verifica a possibilidade de atuação, em âmbito coletivo, no direito eleitoral, por meio do Defensor Regional de Direitos Humanos ou do Defensor Nacional de Direitos Humanos, sem prejuízo do defensor natural<sup>46</sup>.

Em relação à atribuição territorial dos defensores públicos federais, a Resolução nº 63/2012 aponta que os Ofícios possuem atribuição “[n]as bases territoriais abrangidas por cada um dos órgãos jurisdicionais e administrativos perante os quais exercem suas funções e que estejam sediados na mesma localidade da sede do órgão de atuação<sup>47</sup>”. A limitação territorial da atribuição do defensor público é importante instrumento de racionalização da prestação do serviço de assistência jurídica, em especial, diante da notória falta de aparelhamento da instituição.

---

43<sup>1</sup> Art. 46. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros da Defensoria Pública da União é vedado: III - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais, em razão de suas atribuições;

44<sup>1</sup> Segundo a jurisprudência do STJ, a nomeação imediata de advogado dativo (ou de envio à Defensoria Pública) diante da renúncia ou da ausência de atuação do advogado constituído enseja cerceamento de defesa. Nesse sentido, por todos, o HC 332.895/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 03/11/2016.

45<sup>1</sup> “Sempre com o escopo de assegurar a defesa das partes, a Defensoria Pública deverá atuar: a) no alistamento eleitoral; b) na impugnação ao pedido de registro de candidatos; c) nas representações sobre propaganda política eleitoral e partidária (ação de investigação judicial eleitoral, ação de captação ilícita de sufrágio, representação por propaganda antecipada ou extemporânea, representação por propaganda irregular e direito de resposta dentre outras); d) nas impugnações; e) nas eleições; e f) nos recursos eleitorais”. (RAMAYAMA, 2016, p. 1.224)

46<sup>1</sup> Em abril de 2016, o Conselho Superior da Defensoria Pública da União publicou a Resolução nº 127/2016, a qual “regulamenta a tutela coletiva de direitos e interesses pela Defensoria Pública da União”.

47<sup>1</sup> Art. 5º. Os Ofícios são os órgãos de atuação de maior especialização da Defensoria Pública da União, dotados de estrutura administrativa de gabinete, voltada ao desempenho das funções de cada um dos órgãos de execução da Defensoria Pública da União (art. 5º, inciso III, c/c art. 18 da Lei Complementar nº 80/94).

§1º. As atribuições de cada Ofício compreendem as bases territoriais abrangidas por cada um dos órgãos jurisdicionais e administrativos perante os quais exercem suas funções e que estejam sediados na mesma localidade da sede do órgão de atuação

#### 4. Os Obstáculos ao Acesso à Justiça no Direito Eleitoral

Em que pese a atribuição legal da DPU para a garantia da assistência jurídica integral e gratuita em material eleitoral, o dever constitucional esbarra na persistente falta de estruturação do órgão defensorial. Ressalte-se que o *deficit* de defensores públicos impossibilita que a Defensoria Pública esteja presente em grande parte do território nacional, negando-se assim o comando constitucional previsto no art. 5º, LXXIV. A falta de destinação de recursos configura-se clara omissão inconstitucional, na medida em que há proteção insuficiente à direito fundamental.

Ademais, é muito pouco provável que o Poder Executivo cumpra *voluntariamente* o mandamento constitucional de garantir a presença de um Defensor Público em cada unidade jurisdicional, no prazo fixado pelo Constituinte, no art. 98, §1º, do ADCT:

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo.

A fotografia mais recente do estado da Defensoria Pública da União data de 2015. Naquele ano, verificou-se que a DPU se encontra presente em 71 unidades jurisdicionais (BRASIL, 2015, p. 24)<sup>48</sup>. Por outro lado, apenas para se ter parâmetro, a Justiça Federal possui sede em 276 Municípios, possuindo 976 unidades judiciárias (2017, p. 30).

A ausência de presença da Defensoria Pública da União em grande parte do território nacional constitui o principal obstáculo de acesso à Justiça das populações vulneráveis no âmbito da Justiça Eleitoral.

Na Justiça Eleitoral, a impossibilidade imediata de assegurar a assistência jurídica por via exclusiva da Defensoria Pública da União ganha contornos alarmantes por duas razões. Primeiramente, não se trata unicamente da quantidade demanda oriunda da justiça especializada, mas, primordialmente, da divisão geográfica da Justiça Eleitoral em zonas eleitorais. Em segundo lugar, inexistente na Justiça Eleitoral um mecanismo de suplementação da ausência da Defensoria Pública, como, por exemplo, um sistema organizado de advocacia dativa.

Com efeito, a Justiça Eleitoral possui enorme capilaridade em todo território nacional, e, para tanto, serve-se do auxílio das instituições de justiça estaduais, consubstanciado no mandato dos juízes e promotores eleitorais<sup>49</sup>. Segundo o último Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, a Justiça Eleitoral possui 3.040 zonas eleitorais (BRASIL, 2017, p. 30). Ainda, há uma Procuradoria Eleitoral para cada Zona

---

<sup>48</sup> A DPU possui sede em todas as capitais, no Distrito Federal e em 44 municípios. (BRASIL, 2015, p. 31).

<sup>49</sup> No âmbito da Justiça Eleitoral, o subsídio do magistrado e do promotor eleitoral é remunerado normalmente pelo órgão de origem, restando apenas gratificações e despesas eventuais a cargo dos TRE's. Os juízes eleitorais e os promotores eleitorais acumulam a função eleitoral com suas atribuições comuns, de modo a que fazem jus a uma gratificação bque, na atualidade, correspondente a 18% do subsídio de Juiz Federal, nos termos da Lei nº 8.350/91 e da Lei n. 8.625/1993 (arts. 50, VI, e 70).

Eleitoral, de modo que existem 3.040 promotores eleitorais (art. 79 da LC nº 75/93).

A Defensoria Pública da União, por sua vez, é composta por 627 defensores públicos federais, dos quais 470 são ocupantes da 2ª Categoria, a qual possui atribuição de oficiar perante os juízes eleitorais (BRASIL, 2015, p. 24).

Em razão do insuficiente orçamento que lhe é destinado, a Defensoria Pública ainda não consegue estar em todas as comarcas e subseções judiciárias do país. Tal situação deixa desequilibrada a balança da Justiça, pois em diversos locais há quem julgue, quem acuse, mas não há quem defenda. (GONÇALVES FILHO, 2017, p. 2015).

É certo que a atuação do defensor público se dá de forma mais pontual da que a dos juízes e promotores, na medida em que, só haverá atuação defensorial, caso a parte se enquadre nos critérios de vulnerabilidade erigidos pela Res. CSDPU nº133/2014.

Ainda assim, a divergência entre os números é alarmante. O Estado falha em garantir a assistência jurídica integral e gratuita por meio da Defensoria Pública. Por tal razão, é imprescindível a edificação de alternativas – a curto prazo e temporárias - a fim de evitar que a omissão inconstitucional em aparelhar a Defensoria Pública da União mantenha o atual cenário de exclusão de acesso à Justiça na área eleitoral.

#### **4.1 Do Estado da Arte do Acesso à Justiça Eleitoral**

Conforme demonstrado, a Defensoria Pública da União é incapaz, por ausência de estruturação, de prestar a assistência jurídica integral e gratuita em todo território nacional. Assim, para além da *procura judicial suprimida* em matéria eleitoral, cuja quantificação é praticamente impossível, os juízes eleitorais encontram intensa dificuldade ao buscar assegurar o desenvolvimento válido do processo, em razão da ausência de defesa técnica (curadoria especial e processos criminais).

Nesse sentido, cite-se o exemplo do que ocorre no Estado de São Paulo, onde os juízes eleitorais expedem ofícios à Defensoria Estadual, a qual não possui atribuição para o feito<sup>50</sup>, para a Procuradoria do Estado, a qual deixou de prestar a assistência jurídica com a estruturação da DPE/SP<sup>51</sup>, para a DPU, a qual aponta a impossibilidade fática de atuação nas localidades em que não esteja estruturada<sup>52</sup>, e para a OAB, a qual informa a impossibilidade de nomear dativo na área eleitoral, na medida em que a matéria eleitoral não encontra previsão em convênio<sup>53</sup>.

A questão foi objeto do Procedimento Administrativo, instaurado pelo Procurador Regional Eleitoral André de Carvalho Ramos, o qual chegou à conclusão de que a solução depende da atuação dos órgãos citados acima, tendo, em especial perspectiva a

---

50<sup>1</sup> Ofício Administrativo nº 1200/2011 – CGCA. Defensoria Pública do Estado de São Paulo – Regional de Presidente Prudente. E, Ofício SGDOC nº 38403/2011.

51<sup>1</sup> Ofício GPG/AJ nº 3839/03.

52<sup>1</sup> Ofício nº 05/2011 – Chefia DPU/SP, em resposta ao Ofício nº 508/2010.

53<sup>1</sup> Ofício nº 182/2011 – 59ª Subseção – Adamantina/SP.

orientação do TSE de “que a remuneração devida ao defensor dativo deve ser paga pelo Poder Executivo, na medida em que não há sucumbência nos feitos eleitorais”<sup>54</sup>.

A mesma situação que ocorre no Estado de São Paulo se repete nas demais unidades federativas, porquanto todas comungam da insuficiência da DPU e da ausência de regramento de advogado dativos<sup>55</sup>. Assim, o prosseguimento da lide eleitoral fica obstaculizado, em especial, nas matérias penais, nas quais a prescrição então se apresenta como alternativa não desejada.

Assim, em matéria eleitoral, no Estado de São Paulo, a assistência jurídica aos hipossuficientes ou ao réu revel nas demandas penais está a cargo da atuação *pro bono* da advocacia privada, ou, quando muito, pela aplicação, indevida da Resolução CJF 551/2007<sup>56</sup>, revogada pela atual Resolução 305/2014.

Ademais, não é incomum que os juízes eleitorais determinem, sob pena de descumprimento, a atuação do Defensor Público Federal. Contudo, conforme relatado acima, a jurisprudência do STF (STA 800) e do STJ (HC 310.901/SC) apontam que a intervenção judicial é indevida, porquanto invade a autonomia da instituição.

Por fim, cumpre destacar que *todo* advogado nomeado por juiz eleitoral, ainda que não esteja respaldado por convênio ou resolução possui o direito aos honorários, na medida em que a atividade caritativa sempre é voluntária e não pode ser imposta. Nesse sentido, em que pese a inexistência de previsão dos honorários do dativo em matéria eleitoral, o advogado nomeado deve provocar o juízo eleitoral para que lhe fixe, com base no art. 22, §1º e 2º, da Lei nº 8.906/94<sup>57</sup>, o valor dos honorários, os quais devem ser executados em face da União<sup>58</sup>. Contudo, conforme a jurisprudência majoritária, a execução deve correr

---

54<sup>1</sup> Procedimento Administrativo nº 1.03.000.000406/2011-96, arquivado por pelo ato Promoção de Arquivamento nº 455/2016, em 27 de maio de 2016.

55<sup>1</sup> A exceção do Estado de Mato Grosso do Sul, o qual possui Resolução do TRE-MS que regulamenta a nomeação e remuneração dos advogados dativos.

56<sup>1</sup> Processo nº 148-47/2010.6.26.0157. Ofício nº 251/2011 – 59º Subseção – Adamantina/SP.

57<sup>1</sup> Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.

§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

58<sup>1</sup> Jurisprudência do *TRE-BA* (Recurso Eleitoral nº 20434, DJe 12/09/2016); *TRE-ES* (Recurso Eleitoral nº 466, DJe 04/09/2015); *TRE-MT* (Recurso Criminal nº 144878, DJe 09/05/2014); *TRE-MA* (Recurso Eleitoral nº 4412, DJe 03.09.2015; Recurso Eleitoral nº 46670, DJ 20.10.2014; Recurso Eleitoral nº 44344, DJ 19.07.2013; Recurso Criminal nº 94466, DJ 03.08.2012; Recurso Eleitoral nº 4332, DJ 27.06.2012); *TRE-MG* (Recurso Criminal nº 28269, DJEMG 19.11.2015); *TRE-PB* (Embargos de Declaração em Recurso Ordinário nº 4673, DJ 05.06.2007; Recurso nº 4673, DJ 28.03.2007); *TRE-PR* (Recurso Eleitoral nº 28722, DJ 02.09.2013; Recurso Eleitoral nº 641, DJ 04.12.2012; Ação Penal Originária nº 40, DJ

na Justiça Federal, assim, portanto, dando ensejo a um novo processo a onerar a Justiça Federal, a Advocacia Geral da União e, mais uma vez, a própria União sucumbente<sup>59</sup>.

Ainda, os TRFs<sup>60</sup> e o Superior Tribunal de Justiça<sup>61</sup> comungam do mesmo entendimento. Por todos, a recente decisão do TRF4:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. REJEIÇÃO. JUSTIÇA ELEITORAL. DEFENSOR DATIVO. HONORÁRIOS. pagamento. 1. A decisão que fixa honorários em processo no qual atuou o defensor dativo constitui-se título executivo judicial. 2. A União é responsável pelo pagamento dos honorários do defensor dativo nomeado em processo da Justiça Eleitoral, porquanto, embora especializada, a Justiça Eleitoral possui natureza federal, pois mantida pela União. (TRF4, AG 5018478-26.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 24/08/2017)

## 5. Das Ações Emergenciais para Mitigar os Obstáculos

De tudo que foi exposto, a Justiça Eleitoral pode ser tida como aquela em que há o maior grau de obstáculos ao acesso à Justiça<sup>62</sup>, o que se dá por duas razões sucessivas: o não aparelhamento da DPU e a ausência de modelos suplementares de assistência jurídica. Propõe-se, neste momento, três instrumentos provisórios a mitigar, em curto prazo, os obstáculos.

Deve-se ressaltar, de antemão, que os modelos alternativos propostos já surgem marcados

---

19.10.2009); TRE-SC (Recurso em Processo-Crime Eleitoral nº 11166, DJe 31.10.2017; Recurso em Processo-Crime Eleitoral nº 14335, DJe 04.12.2017; Embargos de Declaração em Processo nº 12967, DJe 20.10.2017; Agravo de Instrumento nº 2635, DJe 26/05/2014).

59<sup>o</sup> Segundo a jurisprudência pesquisada, apenas o TRE-BA possui entendimento de que os honorários do advogado dativo em feito eleitoral devem ser executados perante a próprio Justiça Eleitoral. Nesse sentido, conferir RECURSO ELEITORAL n 20434, ACÓRDÃO n 618 de 06/09/2016, Relator(a) MARCELO JUNQUEIRA AYRES FILHO, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 12/09/2016

60<sup>o</sup> TRF1 (Processo nº 0000575-70.2015.4.01.3604); TRF2 (Processo nº 0102869-44.2015.4.02.5005, DJe 29.03.2017); TRF3 (não se encontrou jurisprudência relacionada ao tema); TRF4 (AG 5018478-26.2017.4.04.0000); TRF5 (Processo nº 08024529120144058500, julgado em 27.10.2015, e processo nº 08003283320174058500, julgado em 04.10.2017)

61<sup>o</sup> Ver a decisão monocrática do Min. Rel. Herman Benjamin no Recurso Especial nº 1.681.258-PR.

62<sup>o</sup> Observe-se que a DPU não atua nas causas trabalhistas, com exceção de projeto-piloto na Capital Federal. Todavia, a não realização do acesso à Justiça naquela Justiça Especializada é mitigada pelo *ius postulandi* da parte (art. 791, CLT) e pela assistência jurídica gratuita conferida aos sindicatos (art. 14, Lei nº 5.584/70). Ademais, não se pode olvidar a atuação *pro misero* do Ministério Público do Trabalho, e, por fim, pela tradicional forma *quota litis* de atuação dos advogados trabalhistas. Para uma crítica ao atual modelo de assistência jurídica gratuita no Direito do Trabalho, ver A Defensoria Pública no Âmbito Trabalhista: como forma de efetivação dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao acesso à Justiça, de Raquel Hochmann de Freitas. São Paulo. LTr, 2015.

por uma *inconstitucionalidade progressiva*<sup>63</sup>, porquanto apenas são aceitos pelo ordenamento jurídico à medida que a Defensoria Pública da União não se encontre devidamente estruturada. Ademais, a Constituição Federal prevê, de forma peremptória, o prazo de 8 anos para a expansão das Defensorias (art. 98, §1º, ADCT).

### **5.1 Ofícios Eleitorais na DPU com atribuição para zonas eleitorais para além da sede**

Conforme apontado anteriormente, a Justiça Eleitoral é constituída por 3.040 zonas eleitorais. Em que pese o expressivo número e abrangência territorial, pode-se vislumbrar, de acordo com os dados colhidos no Estado de São Paulo, que a atuação da DPU é de pequena quantidade.

Para se ter ideia, o TRE-SP é o maior Tribunal Regional Eleitoral do país, com 426 zonas eleitorais, sob o custo de R\$ 700.855.761, e com 218.428 processos tramitados (BRASIL, 2017, p. 36). Apenas na capital são 58 zonas eleitorais. Assim, e, considerando a existência não quantificável de *demanda judicial suprimida* e de *representação suprimida* em razão da falta de aparelhamento da DPU no Estado de São Paulo<sup>64</sup>, verificou-se que a DPU atua em 12 processos em tramitação nas zonas eleitorais e 9 no TRE-SP.

Observa-se, pois, a diminuta expressão quantitativa da demanda para a Defensoria. Portanto, em face dos dados obtidos, parece razoável propor a criação de um Ofício Eleitoral, a ser cumulado com o Ofício original, cuja atribuição abarque base territorial mais extensa do que a tradicional. O impedimento a esta proposta é a repercussão desta base alargada ao desenvolvimento das atividades comuns da unidade defensorial, a ter em conta que a grande parte das unidades possuem apenas dois defensores<sup>65</sup>.

Assim, o limite geográfico de atribuição dos Ofícios Eleitorais ficaria a cargo do Defensor Público-Chefe de cada unidade, na medida em que, diante da proximidade com os recursos disponíveis e com as condições particulares do local, pode, com mais propriedade, analisar extensão da base territorial e o seu impacto na prestação do serviço.

---

63<sup>3</sup> Por inconstitucionalidade progressiva entende-se que um determinado ato ou norma é constitucional enquanto permanecer certa circunstância fática que lhe dê fundamento, embora já se preveja a superação deste contexto, o que, invariavelmente, ensejará a inconstitucionalidade do ato ou norma. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade progressiva na previsão de prazo em dobro às Defensorias Públicas (art. 5º §5º, Lei 1.060/50), o qual apenas encontra guarida jurídica enquanto as Defensorias não estiverem estrutura semelhante à do Ministério Público (HC 70514). Ainda, o STF também adotou, em mesmo sentido, a tese de inconstitucionalidade progressiva da legitimidade do Ministério Público para a ação civil *ex delicto* (art. 68, CPP), pois a competência legal recai sobre as Defensorias (RE 147.776/SP e RE 135.328).

64<sup>1</sup> Na atualidade, a DPU encontra-se presente apenas na capital/SP (43 defensores de 2º categoria) e em Campinas (7), Guarulhos (6), Santos e São Vicente (6), ABC (4), Mogi das Cruzes (2), Osasco (2), Registro (2), Ribeirão Preto (5), São José dos Campos (2) e Sorocaba (2).

65<sup>1</sup> Não se trata apenas do tempo de deslocamento do Defensor Público, mas também da utilização dos materiais disponíveis, tal qual veículos. Também deve ser considerado o impacto da atribuição alargada nos serviços administrativos, em razão da grande defasagem de servidores administrativos na DPU.

Embora supra a demanda de defesa técnica pela curadoria especial e pela representação do réu-criminal, o modelo proposto não oferece solução adequada a *demandas judiciais suprimidas* dos assistidos, na medida em que impõe ao assistido o deslocamento de sua residência até uma sede da Defensoria Pública da União.

Assim, a par de não dar solução adequada ao problema do acesso à Justiça, possui a vantagem de consagrar o modelo de assistência jurídica adotado pela Constituição Federal e permitir que a DPU exerça, com mais abrangência, o dever que lhe é imposto.

## **5.2 Da Participação das Defensorias Públicas Estaduais na Justiça Eleitoral**

Aos moldes do que ocorre com a Poder Judiciário Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral, é de se propor conferir atribuição aos Defensores Estaduais para as zonas eleitorais de seus respectivos Estados. Desse modo, naquelas localidades onde não houver DPU, a atribuição para as zonas eleitorais deve ser concedida às Defensorias Estaduais, de modo a instrumentalizar sua capilaridade para a efetivação do acesso à Justiça.

José Jairo Gomes compartilha entendimento nesse sentido: “[d]ada à natureza federal do serviço eleitoral, cumpre à DPU exercer a função eleitoral; todavia, supletivamente, admite-se o exercício dessa função pelas Defensorias Públicas estaduais e do Distrito Federal [...]”. (GOMES, 2016, p. 316).

O modelo pode tomar como marco normativo a realização de convênio entre a Defensoria Pública da União e as Defensorias Públicas Estaduais, nos termos do art. 14, §1º, da Lei Complementar 80/94:

§ 1º A Defensoria Pública da União deverá firmar convênios com as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, para que estas, em seu nome, atuem junto aos órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição referidos no *caput*, no desempenho das funções que lhe são cometidas por esta Lei Complementar.

Esse, aliás, é o entendimento firmado na IX Reunião Ordinária do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais<sup>66</sup>.

Por outro lado, em que pese a inexistência de convênio entre a DPU e a DPE, é certo que, diante da falta de DPU na localidade, o Defensor Público Estadual possui capacidade postulatória para ingressar com ações que, em tese, seriam de atribuição da DPU. Nesse sentido, têm-se relevantes exemplos dessa atuação pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a qual defendeu, perante juízos eleitorais, a recuperação de direitos político de pessoas cuja punibilidade fora extinta.

Com efeito, o Defensor Público Estadual não deve permanecer inerte ao ter contato com a violação de direitos das parcelas vulneráveis que não encontre proteção pela ausência

---

66<sup>3</sup> ENUNCIADO CNCG Nº 06/2014: “É vedada a atuação do Defensor Público dos Estados e do Distrito Federal, nas demandas que envolvam matéria de competência da Justiça do Trabalho e Eleitoral, enquanto não firmado o convênio a que se refere o § 1º, do artigo 14, da Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994”.

de estruturação da DPU. O direito de acesso à Justiça se sobrepõe, nestas hipóteses, à divisão de atribuições, em atenção ao princípio da unidade e da indivisibilidade da Defensoria Pública<sup>67</sup>. O STJ possui, em mesmo sentido, os julgados RHC nº 45.727/RR<sup>68</sup> e o RESp nº 1.390.425/ES<sup>69</sup>.

Importa consignar a posição, com a qual concordamos, de Franklyn e Diogo, para quem a atuação da DPE na Justiça Eleitoral deve ser prevista em convênio nos termos da LC nº 80/90. Contudo, em hipótese excepcional, a inexistência de convênio pode ser superada para a tutela de urgência de direitos fundamentais. Neste caso, o Defensor Público Estadual deve elaborar a petição e requerer a intimação do órgão da DPU para que dê continuidade na representação processual. Apontam, ainda, que se trata de “uma verdadeira faculdade de atuação” (ESTEVES, 2017, p. 871).

Não nos parece correto, contudo, o termo “faculdade”, porquanto este relaciona com a assistência jurídica enquanto atividade *pro bono* e o Defensor Público, como servidor, não pode agir de modo voluntário na prestação do serviço de assistência jurídica. O Defensor não age caritativamente, age por mandamento constitucional, por obrigação estatal, por vínculo estatutário, por convicção e crença no Direito como mecanismo emancipatório.

Portanto, a atuação na defesa dos direitos fundamentais, ainda que perante justiça especializada, não se configura em faculdade, mas em dever constitucional (art. 134, CF), encontrando restrição apenas na impossibilidade fática ou jurídica de atuação, cuja fundamentação recai ao Defensor, em sua independência funcional.

Não haveria a necessidade, em primeiro momento, de constituir Ofícios Eleitorais nas Defensorias Estaduais. Trata-se de conferir atribuição para as zonas eleitorais aos defensores com atribuição para as respectivas comarcas<sup>70</sup>. A distribuição dos feitos levaria em conta a sua natureza civil ou criminal, tal qual previsto internamente em cada Defensoria Estadual.

---

67<sup>1</sup> A doutrina aponta que cabe ao órgão com atribuição ratificar os atos praticados pelo Defensor sem atribuição, não sendo caso de nulidade (ESTEVES, 2017, p. 819). No entanto, por uma questão lógica, se não há DPU na localidade, não haverá a necessidade de ratificação.

68<sup>1</sup> RHC 45.727/RR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 24/06/2014.

69<sup>1</sup> “DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. PATROCÍNIO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ÓBICE LEGAL. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. NULIDADE QUE ENSEJA A DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO JUÍZO A QUO PARA A RENOVAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. I- Inexiste óbice legal para a atuação da Defensoria Pública de Estado da Federação perante a Justiça Federal, tendo em vista a unidade e a indivisibilidade características da Defensoria Pública enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado.” (STJ. RESp nº1.390.425/ES. Min. Sérgio Kukina. DJe 07.10.2013).

70<sup>1</sup> Em razão da não coincidência física entre comarca e zona eleitoral, é previsível a ocorrência de impasses sobre a designação do defensor natural. Na ausência de sistematização, tal qual a Resolução TSE nº 14.442/1994 (relativa aos Promotores Eleitorais) e a Resolução TSE nº 21.009/2002 (relativa aos Juizes Eleitorais), as Defensorias Estaduais devem buscar mecanismos democráticos de distribuição.

De outra mão, também se verifica a existência de proposta de criação de Ofícios Eleitorais nas Defensorias Estaduais, de modo assemelhado ao que ocorre no seio do Ministério Público Eleitoral. Trata-se do Projeto de Lei Complementar nº 350/2013, cuja tramitação encontra-se suspensa, em razão de pedido de arquivamento em 2015.

Em suma, a alternativa proposta possui a vantagem de permitir que o Defensor Estadual, que já está habituado à rotina e aos personagens da Justiça Estadual, onde efetivamente funcionam as zonas eleitorais, exerça a atribuição eleitoral, sem que isso represente uma ruptura em sua atividade comum. Ademais, assegura a assistência jurídica integral e gratuita por meio de Defensoria Pública.

Como ponto negativo, há o mesmo que se aponta à DPU: falta de aparelhamento. É notório que muitas das Defensorias Públicas Estaduais, por debilidade orçamentária, também não atuam na totalidade dos territórios de seus Estados. Assim, embora mitigada, permanece a negação do direito a ter direitos efetivos para parcela da população brasileira.

### **5.3 Da Uniformização do Sistema de Advocacia Dativa e Voluntária**

O pleito pela normatização da advocacia dativa no Direito Eleitoral, com abrangência nacional, não é inédito. Por duas vezes<sup>71</sup>, o TSE foi provocado por Tribunais Regionais Eleitorais a fim de que expedisse resolução sobre o tema. Entretanto, em ambos os casos, afirmou não ter competência para tanto, e, repisou a autonomia dos TRE's para solucionar o entrave.

No caso mais recente, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo submeteu ao Tribunal Superior Eleitoral, via instauração de processo administrativo, a regulamentação de um procedimento de custeio de advogados dativos como base na então Resolução nº 588/2007 do Conselho da Justiça Federal (Ofício TRE-SP nº 4814). A provocação deu origem ao Processo Administrativo nº 20.236, cuja conclusão foi pelo não conhecimento do pedido, apontando, a competência para a solução no âmbito dos TRE's.

Dentre todos os TER's, verificou-se que apenas o TRE-MS possui um sistema de nomeação de advogado voluntário e dativo, cuja remuneração advém da Justiça Eleitoral<sup>72</sup>. Portanto, observa-se a omissão dos TER's em exercer sua competência e atuação – pode-se cogitar- decorre da determinação da fonte do custeio dos dativos.

Com efeito, tanto na Res. CJF nº 305/2014 quanto na Res. TRE-MS 365/2007, o sistema é remunerado pelo orçamento das Justiças que as expediram. Por outro lado, enquanto o sistema não for estruturado, a remuneração dos advogados dativos permanece, via execução de título judicial, sob responsabilidade da União.

A padronização do sistema de dativos, mesmo que pontualmente por cada TRE consistiria em um acréscimo quantitativo no acesso à Justiça Eleitoral, pois teria a vantagem de abranger a totalidade de cada Estado. Entretanto, o ideal seria a regulamentação nacional

---

71<sup>1</sup> As provocações deram ensejo aos PA nº 20236 e PA nº 15724/SC.

72<sup>1</sup> Resolução nº 365/2007 e 390/2008.

do tema, na medida que a falta de padronização poderá ensejar distorções no modo de remuneração dos advogados em cada Estado, repercutindo, em tratamento iníquo.

Permanecer na situação atual, na qual, o advogado nomeado necessita, para receber os honorários arbitrados pela Justiça Eleitoral, ingressar com nova ação perante a Justiça Federal, não é lógico, razoável e tampouco econômico. Movimenta-se desnecessariamente a máquina judiciária, impondo, ainda, o ônus da sucumbência à União, retardando-se, desnecessariamente, o recebimento dos frutos do trabalho.

## **6. Conclusão**

Em relação ao acesso à Justiça Eleitoral, verificou-se a existência de barreiras profundas, decorrentes da falta de estruturação da Defensoria Pública da União, conjugada com a ausência de modelos alternativos de assistência jurídica integral e gratuita.

Renegar a assistência jurídica gratuita à advocacia *pro bono* consiste em tornar um direito em uma voluntariedade altruística, o que retoma o - em muito superado - perfil assistencialista de acesso à Justiça. Acesso à Justiça não é benesse ou caridade, é direito fundamental a ter direitos efetivos. É metagarantia. É insurgir-se contra manutenção meramente simbólica dos direitos.

Assim, o Estado é o responsável por prover a assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, CF) e possui o prazo de 8 anos para dar concretude à expansão e interiorização das Defensorias (art. 98, §1º, ADCT). Contudo, enquanto não se cumpre o mandamento constitucional, o acesso à Justiça Eleitoral não deve ser obstaculizado, razão pela qual medidas urgentes e provisórias devem ser efetivadas:

- a) Merece atenção a proposta de criação, por ato administrativo interno, de Ofícios Eleitorais no âmbito da DPU, cuja atribuição se estenda para além base territorial tradicional, de modo a alcançar um maior número de zonas eleitorais.
- b) A participação das Defensorias Públicas Estaduais na Justiça Eleitoral, onde não houver Defensoria Pública da União instalada, é, sem dúvida, importante fator de acesso à Justiça. Nos moldes aqui sugeridos, tal atuação não depende de inovação legislativa, devendo ser formalizada por meio de convênio (art. 14º, LC 80/94).
- c) Embora não se olvide que o Estado adotou o regime de serviço público na prestação da assistência integral e gratuita, ainda se faz necessária a consagração de um modelo dativo, *nacionalmente uniformizado*, perante a Justiça Eleitoral, de modo que, na falta de Defensoria Pública, possa o advogado nomeado exercer seu *munus* e ter seu trabalho devidamente remunerado, seja pela União (conforme prevê a jurisprudência dominante), seja pela Justiça Eleitoral.

Por fim, ressalte-se que as medidas propostas são necessariamente provisórias, porquanto marcadas por inconstitucionalidade progressiva, a qual, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se efetivará à medida que a Defensoria Pública da União possuir estrutura suficiente a dar cumprimento à sua missão institucional perante à Justiça Eleitoral.

## Referências Bibliográficas

ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. Defensoria Pública no Século XXI: Novos Horizontes e desafios. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2º. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BOSON, Erik Palácio. A defensoria pública e a tutela jurisdicional da moralidade administrativa. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. Defensoria Pública da União. Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil: um panorama da atuação da Defensoria Pública da União. ed. 2º. Brasília: DPU. 2015. Disponível em: <  
<[http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Mapa\\_dpu\\_2015\\_web.pdf](http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/PDF/Mapa_dpu_2015_web.pdf)>. Acesso em: 11.05.2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <  
<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 11.05.2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7º ed. Coimbra: Almedina.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COUTO, Marco José Mattos; DIAS, Guilherme Cavalcante de Souza. Custas processuais na Justiça Eleitoral. In Revista Justiça Eleitoral em Debate - v. 5. n. 2. abril a junho de 2015. Disponível em: <  
<[http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/4578/2015\\_couto\\_%20custas\\_processuais\\_justica.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/4578/2015_couto_%20custas_processuais_justica.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso: em 11.05.2018

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais da defensoria pública. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense: 2017.

FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria pública na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira. volume 5. São Paulo: Saraiva, 1989.

FREITAS, Raquel Hochmann. A Defensoria Pública no Âmbito Trabalhista: como forma

de efetivação dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao acesso à Justiça. São Paulo: LTr, 2015.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. ed. 12º. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Defensoria Pública e tutela coletiva de direitos – teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. A autonomia da Defensoria Pública e o Supremo Tribunal Federal: o papel desempenhado pela Corte na proteção ao direito fundamental à assistência jurídica gratuita. In: ROCHA, Bheron; MAIA, Maurilio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro (Org.). Autonomia & Defensoria Pública: Aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: Juspodivum, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer para a ANADEP na ADI nº 3943, 2008. Disponível: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>>. Acesso em: 26.04.2002.

JORGE, Flávio Cheim. LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Curso de Direito Eleitoral. 2º ed. Salvador: Bahia, 2017.

MENEZES, Rafael Lessa Vieira de Sá. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo e o atendimento a pessoas em situação de rua. Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Vol. 1 (2016). São Paulo: EDEPE, 2016.

RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 15º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2017

ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013

ROCHA, Bheron; MAIA, Maurilio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Autonomia & Defensoria Pública: Aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: Juspodivum, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Curso de Direito Constitucional. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2017

SANTOS. Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. 3ªed

SARMENTO, Daniel. Parecer Autonomia da DPU e Limites ao Poder de Reforma da Constituição. In: ROCHA, Bheron; MAIA, Maurilio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro (Org.). Autonomia & Defensoria Pública: Aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: Juspodivum, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 40ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

## ELEIÇÕES 2018 E O USO DO NOME SOCIAL NAS CAMPANHAS POLÍTICAS

### 2018 ELECTIONS AND THE USE OF SOCIAL NAME IN POLITICAL CAMPAIGNS

**Sandra Libarina Vargas**

Advogada, graduanda em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral – Escola Paulista de Magistratura / S.P., certificada em Direito Contratual - FAAP (Fundação Armando Álvares Penteado), ano 2015.

#### **Resumo:**

São fixados a esse artigo, discussões, posicionamentos e entendimentos com aplicabilidade nos dias de hoje, objetivando uma discussão sobre as normas que estabelecem respeito à identidade de gênero das pessoas transexuais e travestis, conhecida como *nome social*, no contexto do que estou propondo nomear “nome social nas campanhas políticas, identidade de gênero”. Como método de pesquisas foram usadas: doutrinas, consultas aos recentes julgados, legislações vigentes. Não se pretendeu, no entanto, detalhar neste trabalho todas as inovações sobre os temas abordados, contudo, faz-se necessário à democracia e cidadania, o nome social.

Palavras-chave: sistema eleitoral, candidatura trans, nome social, identidade de gênero, pessoas trans.

#### **Abstract:**

This article deals with discussions, positions and understandings that are applicable today, aiming at a discussion about the norms that establish respect for the gender identity of transsexuals and transvestites, known as the social name, in the context of what I am proposing name "social name in political campaigns, gender identity". As method of research were used: doctrines, consultations with recent judges, conversations with militant colleagues in electoral law and current legislation. It was not intended, however, to detail in this work all the innovations on the topics addressed, however, it is necessary to democracy and citizenship the social name.

Keywords: electoral system, trans candidacy, social name, gender identity, trans people.

## ELEIÇÕES 2018 E O USO DO NOME SOCIAL NAS CAMPANHAS POLÍTICAS

Sumário: 1. Introdução – 2. Nome civil e nome social – 3. Representatividade eleitoral de pessoas trans – 4. Decisão TSE, reconhecimento de identidade de gênero – 5. Atualização do nome social e identidade de gênero - 6. Sistema eleitoral – 6.1. Condições necessárias à candidatura, antes das eleições – 6.2. Registro de candidatura – 6.2.1. Condições necessárias no momento do registro – 6.3. Sistema de cota - 6.4. Condições de elegibilidade – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.

### 1. Introdução

O nome social no título, representa a conquista da cidadania e o resultado de uma grande mobilização em busca de reconhecimento pleno de ativistas transexuais, travestis, lésbicas, gays, transgêneros.

Países como a Espanha, Argentina e Uruguai, tem leis de identidade de gênero, essa legislação vem a normatizar várias conquistas, como por exemplo, a mudança nos documentos para pessoas trans.

A legislação, nesse sentido, varia de acordo com a cultura de cada país, existem países que criminalizam a homossexualidade com a pena de morte (Arabia Saudita, Mauritânia, Iêmen), e os países que já legalizaram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, (Espanha, Holanda, Canadá,...).

O Brasil reconhece desde 2011, juridicamente, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas esse foi um processo lento, primeiro foi a inclusão de companheiros do mesmo sexo no plano de saúde, depois no imposto de renda, até que o Supremo Tribunal Federal (STF), veio a reconhecer em decisão unânime a equiparação da união homossexual com a heterossexual, ou seja, a decisão viabilizou para os homossexuais direitos como pensão, herança e adoção.

Portugal reconhece a união estável de pessoas do mesmo sexo desde 2010 e adoção de crianças pelo casal desde 2015.

A categoria de humano, cidadão, cidadã, cada um deles, individualmente, precisou se construir em um *corpo político* para ter seu reconhecimento político, econômico e social, a exemplo desse *corpo*, ao longo de 50 anos, antes mesmo da aprovação da lei Áurea que libertava parcialmente presos escravos, tivemos o voto das mulheres, mesmo

enfrentando bastante resistência, sob as diversas alegações para sua restrição, uma restrição alegada pelo motivo de o ovo feminino causar dissolução familiar, de que seria um desastre, seria fatal, no entanto, antes da lei federal entrar em vigor, as mulheres já votavam em Estados isolados. O voto feminino no Brasil foi assegurado em 24 de fevereiro de 1932, durante o governo de Getúlio Vargas, após intensa campanha nacional pelo direito das mulheres ao voto. As mulheres conquistavam, depois de muitos anos de reivindicações e discussões, o direito de votar e serem eleitas para cargos no executivo e legislativo. Fruto de uma longa luta, iniciada antes mesmo da Proclamação da República, foi ainda aprovado parcialmente por permitir somente às mulheres casadas, com autorização dos maridos, e às viúvas e solteiras que tivessem renda própria, o exercício de um direito básico para o pleno exercício da cidadania. Em 1934, as restrições ao voto feminino foram eliminadas do Código Eleitoral, embora a obrigatoriedade do voto fosse um dever masculino. Em 1946, a obrigatoriedade do voto foi estendida às mulheres.

As pessoas trans, com suas lutas por representatividade, igualdade, à exemplo dos escravos, das mulheres, contou com um projeto de lei nº 5002/2013, de autoria do deputado federal Jean Wyllys do partido PSOL/RJ, em coautoria com a também deputada Erika Kokay do PT/DF, inspirados pela legislação de identidade de gênero da argentina, colocou em pauta o tema pela primeira vez, o projeto de lei trata-se da identidade de gênero de todas as trans no Brasil, sem a necessidade de autorização judicial, laudos médicos/psicológicos ou cirúrgicos.

Foi criado o *nome social* como alternativa no Brasil para as pessoas trans, dessa forma os trans tinham uma norma que regulamentava em algumas esferas o respeito à identidade de gênero em crachás, matrículas escolares, inscrição do exame nacional do ensino médio (ENEM). Em 08 de abril de 2016, o Decreto 8727, trouxe o reconhecimento do nome social e da identidade de gênero para os transexuais e travestis no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Em março de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADIN 4275, com ação ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR), a fim de que fosse interpretada conforme a CRFB/1988, ao artigo 58 da Lei 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos e preceitua ser possível a alteração de prenome e gênero no registro civil mediante averbação no registro original, independentemente de transgenitalização. O STF entendeu que a alteração do registro civil pode ser feita pela pessoa trans, independentemente de qualquer tratamento ou cirurgia, devendo receber interpretação conforme a CRFB/1988 e ao Pacto de São José da Costa Rica, para permitir alteração sem a necessidade de autorização judicial, bastando ir com um documento com foto, no cartório de registro civil.

## 2. Nome Civil e Nome Social

De acordo com o Código Civil brasileiro, toda pessoa natural é dotada de personalidade e tem direito a um nome no seu registro de nascimento, esse é um direito fundamental e personalíssimo.

Esse nome civil tem a função de identificar e individualizar a pessoa natural dentro dos seus grupos sociais, lugares onde ela frequente ou faça parte, como por exemplo, o ambiente familiar, escola, trabalho, entre os amigos. Antes das alterações introduzidas pela Lei 9.708/98, o nome civil era imutável, agora, o artigo 58, caput, da Lei 6.015/73 passou a vigorar com as seguinte redação: “ o prenome será definitivo, admitindo-se todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios, ainda de acordo com a lei, o nome poderá ser alterado por ação judicial no caso de exposição ao ridículo, também nos casos de incompatibilidade entre o sexo psíquico e a genitália – transsexual, intersexual, homossexual.

Já o nome social é definido como um nome civil que não aderiu a personalidade da pessoa civil, usado publicamente, distinto do nome civil de quem utiliza.

Algumas pessoas defendem apenas o uso do nome civil perante a sociedade, sob o argumento de que o uso do nome social enfraquece o dever do uso do nome civil e consequentemente o Código Civil brasileiro, no entanto, não é vedada a alteração do nome das pessoas trans no registro civil.

Nesse sentido, temos que a mudança de prenome ou retificação de registro civil em favor dos transsexuais afronta o princípio da dignidade da pessoa humana que proíbe a discriminação em razão do sexo ou de identidade de gênero, amparando tanto os heterossexuais, quanto os homossexuais, sob pena de mácula aos princípios constitucionais de igualdade, respeito e proteção à dignidade da pessoa humana. Eis o porquê de o uso do nome social pelos trans como meio de adequação de sua identidade pessoal à sua identidade de gênero, ambos atributos dos direitos de personalidade, ser uma questão tão relevante ao exercício da cidadania.

### 3. Representatividade Eleitoral de Pessoas Trans

No ano de 1996 apenas 6 candidatos se encaixavam em alguma candidatura trans, logo, nas eleições de 2012 a associação brasileira de lésbicas, gays, transexuais e travestis – ABGLT+, listou mais de 31 candidaturas, distribuídas entre transexuais travestis que concorreram em todo o país, mas, menos da metade das eleições de 2016.

Um número bem expressivo se comparado às eleições de 1996 e 2012, foram as eleições de 2016 no Brasil, pelo menos 84 candidatos trans disputaram vagas nas câmaras e nas prefeituras, isso se deve a maior visibilidade na política. O levantamento de 2016 foi feito pela associação nacional de travestis e transexuais – ANTRA.

O partido político com maior número de trans na disputa de 2016 foi o PSOL, com 15 candidaturas espalhadas pelo Brasil, destas, duas disputaram cargo majoritário. Além do PSOL, tiveram candidatos trans em outros 25 partidos políticos. Vale ressaltar que a candidatura feminina é notável.

Ainda, de acordo com o levantamento da ANTRA, o Estado de São Paulo concentrou a maior parte das candidaturas trans, contando com 24 dos 84 candidatos, o segundo lugar ficou com a Bahia que teve 8 candidaturas, seguidos por Minas Gerais, com 6 candidaturas e Rio Grande do Sul e Paraná com 5 candidaturas cada um.

Levantamento feito em março de 2018 pela aliança nacional LGBTI, apontou para 93 nomes de candidatos assumidamente homossexuais que vão concorrer ao pleito nas eleições de 2018. O PSOL novamente pontua como o partido político com o maior número de candidatos, são 19, logo depois vem o PCdoB com 14, e PT com 11. Legendas consideradas de direita como PSD, PTC e PTB também tem representantes.

O Sudeste repete maior concentração de nomes, são 40 dos 93, e a região com menos representantes é a região norte do Brasil, com 3 nomes.

A representatividade atual, entre os 513 deputados federais, é de apenas 1 assumidamente gay, o deputado federal Jean Wylly's do PSOL/RJ, por isso as pessoas trans não se sentem representadas, no entanto, esse não é somente um sentimento das pessoas trans, é também um sentimento da população brasileira.

(José Jaíro Gomes, 2016, p.51.) afirma que: “Percebe-se o desencantamento pelo atual modelo de democracia representativa. Nem os partidos, nem os mandatários sentem-se obrigados a manter as promessas e os compromissos assumidos anteriormente, inclusive no período de campanha. Ao fim e ao cabo, quer-se tão somente ocupar o poder estatal, ainda que à custa de fraudes e mentiras bem urdidas pelo marketing político, nesse quadro, é natural que os cidadãos não se sintam representados nas instâncias político-estatais.”

Uma pesquisa realizada em 2016 pelo movimento suprapartidário #VOTELGBT, concluiu o percentual de 97,3% dos gays, lésbicas e trans, que não se sentem representados pelos políticos atualmente em exercício.

#### 4. Decisão TSE – Reconhecimento de Identidade de Gênero

O Tribunal Superior Eleitoral - TSE, em 01 de março de 2018, reconheceu a opção de autoidentificação trans em sessão administrativa, no dia 22 de março decidiu que transexuais e travestis podem solicitar a emissão de título de eleitor com seu nome social. Foi acolhida a pretensão de reconhecimento de identidade de gênero de pessoas transgênero, ou seja, transexuais e travestis agora podem concorrer na cota destinada ao sexo feminino pelo leito eleitoral, caso opte pelo gênero feminino, consequentemente os do gênero masculino, trans, concorrerão as vagas restantes, reservadas aos homens.

A decisão se deu em sede de consulta nº 0604054.58.2017.6.00.000, formulada pela senadora Fatima Bezerra do PT/RN que foi provocada pelo Coletivo #VOTELGBT e contou com parecer e apoio do jurista Paulo Lotti.

Cabe salientar que é cabível consulta pública apenas na Justiça Eleitoral, esse é o único ramo do direito que responde à consulta, formulada em tese, sobre material eleitoral, com pertinência temática, por senador da república, (autoridade com jurisdição federal), preenchidos os requisitos do artigo 23, XII, da CRFB/1988.

O Ministro Tarcísio Viera, foi o relator, em seu voto falou sobre a ação afirmativa em questão, visando a proteção da identidade de gênero feminina e não do sexo biológico feminino.

Apontando que não só nas urnas eletrônicas, mas em qualquer divulgação do nome do candidato transexual e travesti deve-se dar apenas por nome social, nunca por seu nome civil, falou o ilustre Ministro do STF, Dr. Luiz Roberto Barroso, o Ministro Luiz Fux, apontou que o STF se encaminhava para formar maioria para a dispensa de qualquer formalidade judicial e atestados de terceiros para retificar o registro civil das pessoas transgênero.

Diante dessa decisão, o Brasil se equipara à Argentina, ao possibilitar a retificação do registro civil de pessoas transexuais e travestis diretamente em cartório e por soberana autonomia da vontade, firmada em declaração escrita.

O reconhecimento do direito à mudança de prenome e sexo de transsexuais e travestis, independe de cirurgia de transgenitalização conforme votação unânime (11x0), de ação judicial (5x4), de laudos de terceiros (9x2), a pragmática decisão tem força de lei pelo efeito vinculante e eficácia erga omnes.

A prerrogativa de transexuais e travestis para mudança de nome no título de eleitor está prevista na Resolução – TSE 23.562/2018.

A fiscalização ao cumprimento das regras previstas na portaria do TSE e assinada pelo presidente da Corte, Ministro Luiz Fux, e pelo corregedor-geral da Justiça Eleitoral, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, será exercida pelas corregedorias eleitorais, Portaria TSE nº 1, 17/04/2018 da Justiça Eleitoral para concretizar solicitação dos interessados, fixa as seguintes regras:

- Definição do nome social, ou seja, a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida, e não se confunde com apelidos;
- No requerimento de alistamento eleitoral e no título o nome social deverá ser composto por prenome, acrescido do sobrenome constante no nome civil;
- Nome social não pode atentar ao pudor, ser ridículo ou irreverente;
- No modelo de título eleitoral que contempla assinatura, o eleitor poderá assinar seu nome social, devendo apor, no Requerimento de Alistamento Eleitoral, a mesma assinatura de seu documento de identidade oficial;
- Certidões emitidas pela internet e pelo Sistema Elo da Justiça Eleitoral deverão conter o nome social acompanhado do nome civil;
- O Requerimento de Alistamento Eleitoral contemplará campo para indicação do nome social e identidade de gênero.

## 5. Atualização do Nome Social e Identidade de Gênero

Os procedimentos para atualização de nome social e identidade de gênero são independentes, podendo ser realizado apenas um, ou ambos. A autodeclaração é suficiente para que a Justiça Eleitoral faça atualização, não sendo necessário apresentar nenhuma declaração oficial. Para inclusão do nome social e alteração de identidade de gênero, basta levar ao cartório eleitoral um documento de identificação com foto e comprovante de residência.

O nome social constará no título de eleitor. A identidade de gênero será atualizada apenas no cadastro eleitoral.

#### *Título de Eleitor*

A inclusão do *nome social* no título de eleitor e no caderno de votação das eleições do ano de 2018 poderá ser feita no cartório eleitoral ou no posto de atendimento que atenda a zona eleitoral da pessoa, basta apresentar um documento de identidade com foto no ato da solicitação.

Quem optou pela autodeclaração até 09 de maio de 2018, data de fechamento do cadastramento eleitoral, poderá votar na eleição de 2018 com seu *nome social consignado no título eleitoral, no cadastro da urna eletrônica e no caderno de votação*.

O novo título, terá mesmo número, será impresso e entregue no ato da solicitação.

#### *Candidatura*

O nome social poderá ser usado tanto nas candidaturas proporcionais como nas majoritárias e apenas o nome social do candidato será divulgado publicamente, seu nome civil será usado apenas para fins internos e administrativos.

De acordo com artigo 12, da Lei 9.504/97, a indicação do nome completo será mantida no pedido de registro de candidatura, refere-se ao nome civil, por ser imprescindível ao exame das certidões negativas exigidas no pedido de registro de candidatura, o que é restrito ao âmbito interno da justiça eleitoral.

O reconhecimento da identidade de gênero é importante, sobretudo, para pessoas trans que pretendem se candidatar, mesmo com essa informação não impressa no título de eleitor, a informação será levada em conta para cálculo do percentual mínimo e máximo de gênero no pleito do ano letivo, de acordo com a Legislação Eleitoral.

A legislação eleitoral, agora, permite que o candidato opte no pedido de registro se quer ser registrado pelo apelido ou nome pelo qual é conhecido, respeitando as regras fixadas em Portaria do TSE, nº 1, de 17 de abril de 2018.

No registro da candidatura deve constar o nome social, mesmo que ainda não tenha sido alterado em regime civil.

## 5. Sistema Eleitoral

O sistema eleitoral no Brasil, resumidamente se define por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, conforme preceitua o artigo 14, da CRFB/1988, princípio que pauta os três sistemas eleitorais presentes no país, que são detalhados e regulados pelo Código Eleitoral, lei 4.737 de 1965.

Para candidatura exige-se vinculação partidária, sendo vedada a candidatura avulsa, existindo a possibilidade de coligações partidárias não verticalizadas, cota de gênero com mínimo de 30% e máximo de 70% para ambos os sexos e possibilidade de uma única reeleição consecutiva, reitero que as cotas agora serão contabilizadas por *gênero*, não mais *sexos*.

Os mandatos eletivos se dividem em: cargos executivos para presidente, governador e prefeito, e, cargos legislativos para senador, deputado federal, deputado estadual, deputado distrital e vereador.

No Brasil as urnas eletrônicas são usadas desde 1996, com as eleições municipais e se tornou o único país no mundo que possui um sistema de eleições 100% eletrônico.

### 6.1. Condições Necessárias à Candidatura Antes das Eleições

O cidadão que pretende se candidatar a cargo eletivo, deve ter *domicílio eleitoral na circunscrição e filiação partidária*, com pelo menos um ano antes do pleito eleitoral.

#### *Domicílio eleitoral*

O domicílio eleitoral é aquele onde o título do cidadão foi emitido.

Domicílio eleitoral não se confunde com o domicílio civil, portanto não é necessário morar no domicílio eleitoral, basta que tenha um endereço neste local, exemplo: um Deputado Federal que reside efetivamente na Bahia, pode disputar uma vaga no Congresso e ser eleito em São Paulo. Então, o candidato à cargo eletivo deve, obrigatoriamente, ter um ano, no mínimo, de domicílio eleitoral na circunscrição onde disputara o pleito, assim, na hipótese de ter seu título registrado em outro local, ele deverá ser transferido até o mês de setembro do ano anterior ao da eleição que pretende disputar.

Ressalte-se que circunscrição na eleição municipal é o município, na eleição federal e estadual e o estado membro ou DF e na eleição nacional, para presidente, é o país como um todo. Depreende-se não ser possível fazer uma transferência de domicílio eleitoral dentro do mesmo município, o que pode ser feito é Revisão do Título, que é a mudança do local de votação, ou seja, da zona eleitoral, dentro do mesmo município.

### *Filiação partidária*

No Brasil, estar filiado a um partido político é requisito obrigatório para sua efetiva candidatura, esse requisito deve ser preenchido com antecedência mínima de um ano da data do pleito eleitoral e se dentro desse prazo ocorrer fusão ou incorporação de partidos, a data de filiação do candidato ao partido de origem será considerada para efeito de filiação partidária.

Cada partido político tem a prerrogativa de estabelecer prazo de filiação superior a um ano para a possibilidade de candidatura de filiado, desde que isso conste do Estatuto Partidário, sendo proibida a alteração deste prazo durante o ano eleitoral. No sistema eleitoral brasileiro é proibida a candidatura avulsa e conforme entendimento do Superior Tribunal Eleitoral – TSE e do Supremo Tribunal Federal – STF, a titularidade do mandato é do partido e não do candidato.

Não ficará configurada a inelegibilidade prevista pela CRFB/1988, se uma lei infraconstitucional sancionar a dupla filiação com a nulidade de ambas, assim, o candidato poderá de fato concorrer ao pleito, sendo cancelada uma de suas filiações partidárias, para isso, deve-se comunicar o juiz da zona eleitoral a sua desfiliação do antigo partido e sua filiação no novo partido no dia imediato da nova filiação.

Com a judicialização da Justiça Eleitoral, através da entrada em vigor do Código Eleitoral de 1932, o sistema eleitoral permaneceu como na data de sua concepção.

A Justiça Eleitoral apresenta-se como corporificação do Judiciário, com a finalidade precípua de prestar a jurisdição, substituindo a vontade das partes e resolvendo, de forma definitiva, os conflitos de interesses a ela submetidos, no entanto, além de ter função jurisdicional típica e característica, qual seja, a de resolução de conflitos de natureza eleitoral, desempenha uma série de outras funções que não se amoldam dentro desse contexto. Compete à Justiça Eleitoral não apenas a administração interna – matéria alusiva à economia interna (servidores, contratos, compras, orçamento, etc.) – mas também a realização e fiscalização de todos os atos necessários à realização das próprias eleições (alistamento eleitoral, designação de dias para as eleições, apuração de votos, etc.).

Sob esse enfoque, é importante lembrar que o procedimento das eleições é amplo e composto de várias fases, compartimentadas e interligadas, que, didaticamente, podem ser assim descritas: alistamento; convenção para escolha de candidatos; pedido de registro; propaganda política; votação; apuração; proclamação dos resultados e diplomação. Todos esses atos são praticados no âmbito da Justiça Eleitoral: as eleições municipais são realizadas nas respectivas zonas eleitorais; as eleições estaduais e federais são realizadas nos tribunais regionais eleitorais; e a eleição presidencial, perante o Tribunal Superior Eleitoral.

## 6.2. Registro de Candidatura

Registro de candidatura é o ato através do qual a Justiça Eleitoral habilita um cidadão a concorrer à eleição para ocupar um cargo público. É através do registro que se formaliza a pretensão de candidatar-se, para isso o cidadão brasileiro deve preencher todas as condições de elegibilidade.

O Partido ao qual é filiado, encaminhará o nome de cada filiado escolhido na Convenção à exame dos necessários requisitos que deve atender às condições de elegibilidade e não incorrer em hipóteses de inelegibilidade. Importante ressaltar que a autuação dos pedidos de registro de candidatura apresentados pelo Partido ou pela Coligação será feita em tantos processos quantas forem as candidaturas apresentadas.

(Joel J. Cândido, 2004, p.97) afirma que, "(...) o registro dos candidatos se constitui em etapa jurisdicional dentro da fase preparatória do processo eleitoral. Registrados, os candidatos assumem essa condição em caráter oficial, terminando aqui o que politicamente se convencionou chamar de 'Candidato a Candidato'. Antes do registro e após as convenções já se pode falar em candidato, de vez que o Partido já definiu com quem concorrer, mas a condição de candidato oficial só se adquire com o deferimento do registro".

É possível criar um partido político respeitando as diversas etapas até a constituição de fato, ou *tornar-se um representante do povo*, cumprindo as exigências impostas pelo artigo 14, § 3º, da CRFB/1988, são elas:

- Nacionalidade brasileira;
- Pleno exercício dos direitos políticos;
- Alistamento eleitoral;
- Ter domicílio eleitoral na circunscrição;
- Ser filiado a um partido político;
- Idade mínima exigida para o cargo escolhido.

### 6.2.1. Condições necessárias no momento do registro

As condições necessárias no momento do registro se subdividem em três áreas:

#### *Cidadania Brasileira*

Para que o cidadão possa efetivamente exercer a capacidade eleitoral passiva, ou seja, a capacidade para ser votado, é necessário que ele seja brasileiro nato, naturalizado ou

português equiparado, esse último entende-se por aquele que se equipara ao brasileiro naturalizado, de acordo com o Estatuto de reciprocidade firmado entre o Brasil e Portugal. Trata-se de uma exceção, uma vez que via de regra, o estrangeiro não pode se candidatar a cargo eletivo no Brasil.

A Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 12, § 3º, inciso I, expressa os cargos eletivos que só podem ser exercidos por brasileiro nato: Presidente da República e Vice, os demais cargos elencados no artigo supra, são cargos eletivos, e, portanto, não fazem parte do tema abordado no presente trabalho.

### *Alistamento Eleitoral*

O alistamento eleitoral tem natureza jurídica de direito administrativo, é o ato de se inscrever como eleitor pela primeira vez, importante salientar que é um ato personalíssimo, não se admitindo inscrição por procuração. Após cumprida esta formalidade administrativa de alistamento eleitoral que o indivíduo adquire efetivamente a condição de cidadão brasileiro. Somente após o alistamento, ou seja, após obter a condição eleitoral ativa, que o indivíduo pode efetivamente ter analisada sua condição eleitoral passiva.

Os brasileiros natos ou naturalizados maiores de dezesseis anos, bem como os portugueses com residência permanente no Brasil, em virtude de reciprocidade, nos termos do Decreto Nº 3.927/2001, que regulamentou o Estatuto da Igualdade, podem inscrever-se como eleitor. Aos portugueses que não obtiverem a igualdade de direitos políticos previstos no Estatuto da Igualdade, terão o mesmo tratamento dispensado aos estrangeiros.

O alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos e facultativos para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (art. 14, § 1º, CRFB/1988), para a inscrição, o alistando deverá apresentar documento oficial do qual se infira a nacionalidade brasileira.

O ato de alistar-se pode se dar a qualquer tempo. Exceção é o período compreendido nos 150 dias que antecedem ao primeiro turno do pleito (Art. 91 da Lei Nº 9.504/97). Em ano eleitoral poderão inscrever-se eleitores os menores que venham completar dezesseis anos até a data da eleição, inclusive, desde que efetue sua inscrição dentro do prazo estabelecido por lei, que é de 150 dias antes do pleito.

Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos (Art. 14, § 2º, CRFB/1988). Conscritos são todos aqueles que estejam prestando o serviço militar obrigatório, os alunos dos órgãos de formação da reserva, os médicos, odontólogos, farmacêuticos e veterinários que estejam prestando serviço militar inicial obrigatório, enquanto durar, ainda que tenham sido alistados antes da matrícula ou convocação (Resolução TSE Nº 15.850/89). Também não podem inscrever-se eleitores os que estejam privados, temporária ou definitivamente dos direitos políticos (Art. 5º, III, CRFB/1988), sendo os casos de perda ou de suspensão de direitos políticos (Art. 15, CE).

Os indígenas e os alistando de origem cigana, se estiverem integrados estão obrigados ao alistamento eleitoral e ao voto, observando-se a facultatividade quanto aos analfabetos, maiores de setenta anos e aos menores de dezoito e maiores de dezesseis anos (Resolução TSE Nº 20.806/01). A condição de integrado ou não e a declaração de residência, serão fornecidas pelo órgão de assistência aos indígenas. Estes, caso não possuam moradia ou residência fixa, deverão fazer o alistamento no domicílio em que se encontrar (Art. 42, parágrafo único, do CE).

Eleitor, então, é aquele que já se inscreveu perante a Justiça Eleitoral ou nas sedes das Embaixadas ou das Repartições Consulares.

### *Pleno Exercício dos Direitos Políticos*

Estar em pleno exercício dos seus direitos políticos é não estar impedido de votar e de ser votado, porque para que o cidadão possa ser candidato, ele tem que estar no pleno gozo dos direitos políticos na data do pedido de registro da candidatura, ou seja, até as 19 horas do dia 5 de julho do ano eleitoral e não na data da posse como querem alguns.

A suspensão dos direitos políticos incide na capacidade eleitoral ativa e passiva. No entanto, o indivíduo inelegível está impedido no que tange à sua capacidade passiva, mas não à sua capacidade ativa. O inelegível pode votar, estando impedido apenas de ser votado. Assim, não se confunde *inelegibilidade* com suspensão dos direitos políticos. Ressalte-se que é vedada a cassação dos direitos políticos no Brasil.

### 6.3. Sistema de Cota

A Lei 9.504/1997, prevê que cada legenda ou coligação deve preencher uma cota com no mínimo 30% e no máximo 70% de candidaturas de cada sexo, ou seja, candidatura do mesmo gênero, de modo que podem ser incluídos os transexuais e travestis nas cotas masculinas e femininas. Mulheres, homens e transgêneros devem ser registrados na cota dos partidos pelo gênero que escolherem.

Analisar o Congresso Nacional brasileiro a partir dos recortes de classe, raça e gênero, é constatar uma democracia pouco representativa. Mulheres, pessoas negras e LGBTI — sigla utilizada para designar lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, transgênero ou intersexos, estão sub-representados na política institucional brasileira.

Na prática, é possível observar que, embora as mulheres representem atualmente 52% dos eleitores brasileiros, a representação feminina no Congresso Nacional está bem abaixo disso: 11,3% dos parlamentares. Ao todo, dos 513 deputados, somente 10,5% são mulheres. No Senado, dos 81 parlamentares, 16% são mulheres, conclui-se que as mulheres, que são mais da metade da população do país e a população negra, por sua vez, maior parte da composição social, ocupam poucas cadeiras no Senado e na da Câmara, conforme levantamento feito com base em autodeclarações dos candidatos eleitos em 2016.

A população LGBTI no Brasil é estimada em 20 milhões de pessoas (não levando em conta as pessoas intersexo). Ainda que a comunidade LGBTI considere a cifra subestimada, já que muitas pessoas optam por não declararem sua identidade de gênero ou orientação sexual, o número já representa cerca de 10% da população nacional. No entanto, há apenas um representante dessa diversidade no Congresso Federal: o deputado federal Jean Wyllys (PSOL-RJ), constantemente atacado por grupos reacionários e conservadores presentes na política, como o deputado federal Jair Bolsonaro (PSC-RJ), que já cumpre seu sexto mandato na Casa Legislativa.

Com isso, o Brasil ocupa a 152ª posição em um ranking de 190 países sobre o percentual de cadeiras ocupadas por homens e mulheres na Câmara dos Deputados. No entendimento de alguns advogados militantes no direito eleitoral, essa foi uma alternativa de cota para as mulheres não gerou resultado, esse percentual mínimo fez explodir as candidaturas *laranja* lançadas apenas para as siglas seguirem a lei.

Nesse contexto, é obrigação do Estado lançar mão de ações afirmativas, compensatórias e promocionais em rumo a uma igualdade de fato entre homens e mulheres. A igualdade almejada pelo Estado em prol da qual o sistema de cotas das candidaturas se apresenta como um importante instrumento é, sim, uma igualdade em dignidade, em respeito e em consideração, que se ajuste a um modelo representativo paritário e que logre aperfeiçoar a nossa experiência democrática. A igualdade material, substantiva, real, entre os gêneros, no tocante à participação política, é, pois, imperativo de justiça, imprescindível, portanto, à promoção do bem de todos e à construção de uma sociedade mais justa e verdadeiramente democrática.

#### 6.4. Condições de Elegibilidade

São os pressupostos necessários para que uma pessoa possa participar de um pleito eleitoral no papel de candidato, tem a natureza jurídica de requisitos para o exercício da capacidade eleitoral passiva, de acordo com o artigo 14, § 3º, da CRFB/1988:

São condições de elegibilidade, na forma da lei: nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e idade mínima de: 35 anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador, 30 anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; 21 anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz e 18 anos para Vereador.

Em verdade, as condições de elegibilidade são inerentes a três lapsos temporais distintos: condições necessárias no momento do registro, condições necessárias um ano antes da data da eleição, ou seja, da data do pleito eleitoral e condições necessárias no momento da posse.

Ainda, de acordo com Pedro Lenza: “Inelegibilidade são os impedimentos à capacidade eleitoral passiva, o artigo 14, § 3º, da CRFB/1988 não versa sobre inelegibilidade, e sim condições de elegibilidade”.

## 6. Conclusão

A democracia brasileira evoluiu, alcançou várias etapas e desenvolveu fortemente as instituições, atravessou períodos conflituosos com plena observância e respeito aos parâmetros constitucionais, se desenvolvendo e se aprimorando com técnicas que ampliam a cidadania, reduzindo as desigualdades e fortalecendo a democracia canalizando as demandas sociais.

A decisão do TSE em reconhecer a identidade de gênero, é uma questão de dignidade humana, porém de suma importância para que travestis e transexuais possam existir em espaços públicos, sendo reconhecidos pelo gênero que se reconhecem. Na parte social, para um travesti ou transexual ser chamado pelo nome civil em público, fica destacado para todos que se trata de um travesti ou transexual, levando muito a desenvolver depressão e até suicídio.

Mulheres, gays, lésbicas, transexuais, travestis, transgêneros, negros (as), lutam com um ponto em comum, tiveram que disputar visões e projetos de humanidade, vindo a alargar o âmbito da cidadania, gerando uma reflexão sobre os sujeitos da vida pública a partir de determinadas estruturas biológicas. No caso das identidades trans esta assimilação é mais tensa, uma vez que a riqueza desta experiência existencial está exatamente em negar quaisquer determinantes biológicas para justificar suas demandas de mudar de gênero.

O nome social representa garantia de identificação e tratamento digno a pessoas transexuais e travestis, é uma conquista da população trans a respeito dos seus direitos, eles só querem ser reconhecidos como são, como esta em definição de nome social: *nome social é o modo como a pessoa é reconhecida, identificada e denominada na sua comunidade e no meio social, uma vez que o nome oficial não reflete sua identidade de gênero ou possa implicar constrangimento.*

Os transexuais e travestis são pessoas para quem a identidade de gênero é distinta da fisiologia corporal, são homens em corpos femininos e mulheres em corpos masculinos, independente da opção sexual que possuam, seu nome no registro civil é o oposto do que corresponde a autopercepção, vale ressaltar que a Ordem dos Advogados do Brasil já reconheceu nome social já reconheceu nome social a 56 advogados e advogadas trans, o Estado da Bahia foi o Estado com mais registro até abril de 2018, de acordo com a Resolução 5/2016 do Conselho Federal da OAB, o registro deve seguir a designação pela qual a pessoa trans se identifica, mediante solicitação prévia.

Essa mudança também é relevante para contagem das cotas de gênero, no entanto, ainda mais importante que votar em candidatos ou candidatas LGBTs ou ligados às causas, é prestar atenção ao partido pelo qual a pessoa se lança na disputa, porque não basta votar em candidatos LGBT se o partido que essa pessoa faz parte, no Congresso, vai contra as pautas. O debate tem que extrapolar isso e olhar as questões partidárias.

Os transexuais não se sentem representados, porque tem apenas um deputado federal declaradamente atuante, mas, não somente os transexuais não se sentem representados pelos atuais políticos eleitos, na verdade, ao se investirem no mandato, os políticos fazem dele o que bem entendem, a experiência tem revelado que alguns o buscam por motivos inconfessáveis, mas sempre sob o manto de um discurso bem lapidado, jamais existiu um controle sério e eficaz no exercício do mandato e os inúmeros escândalos só reforçam o sentimento de muitos eleitores, ou seja, a população não se sente representada pelo meio político que se vê em grande maioria emergida em corrupção.

Com aumento da violência, fica notória a necessidade de visibilidade e políticas para o movimento trans, cada vez mais, lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTs) foram mortos em crimes motivados por homofobia, em 2017, foram 445 pessoas, esse número representa uma vítima a cada 19 horas. Esse dado representa um aumento de 30% em relação a 2016, quando foram registrados 343 casos.

O Estado com maior registro de crimes de ódio contra a população LGBT foi São Paulo (59), seguido de Minas Gerais (43), Bahia (35), Ceará (30), Rio de Janeiro (29), Pernambuco (27) e Paraná e Alagoas (23). Entre as regiões, a maior média foi identificada no Norte (3,23 por milhão de habitantes), seguido por Centro-Oeste (2,71) e Nordeste (2,58). O dado é de levantamento realizado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), que registrou o maior número de casos de morte relacionados à homofobia desde que o monitoramento anual começou a ser elaborado pela entidade, há 38 anos.

## 7. Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Roberto Moreira. Curso de Direito Eleitoral. 12 º edição, Juspodivm, 2018.
- BAHIA, Flavia. Descomplicando Direito Constitucional. Recife/PE: Armador, 2017.
- BENTO, Berenice, Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar, São Carlos, v.4, n.1, jan-jun. 2014, pp.165-182
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. Revista Atualizada, 10º edição.
- GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 16º edição . Atlas, 2016.
- KIM, Richard Pae. Direito eleitoral e processual eleitoral – Temas fundamental. Revista dos tribunais. 2012.
- LENZA, Pedro. Direito eleitoral esquematizado. 2º edição. São Paulo. Saraiva, 2012.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20º edição. São Paulo. Saraiva, 2016,
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Direito Eleitoral e Novo CPC. Fórum, 2016.
- NETO, Jaime Barreiros. Código Eleitoral para concursos. 5º edição. Juspodivm, 2016.

