

A vedação dos procedimentos da ACP em matéria eleitoral e as garantias do Ministério Público

Marla Marcon Andrade Guimarães

Servidora do Ministério Público Federal. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Instituto de Ensino Superior de Vitória. Especialista em Direitos e Garantias Constitucionais pela FDV – Instituto de Ensino Superior de Vitória e em Direito Eleitoral pela Escola Superior Verbo Jurídico.

Resumo: Busca o presente estudo apresentar fundamentos para uma reflexão acerca da (in)constitucionalidade do art. 105-A da Lei das Eleições (Lei n. 9504/1997), que veda a utilização dos procedimentos da Lei da Ação Civil Pública em matéria eleitoral, restringindo garantia institucional do Ministério Público expressa no art. 129, III, da CF/1988, a fim de salvaguardar interesse individual de candidatos em detrimento do direito difuso à legitimidade e à normalidade do processo eleitoral.

Palavras-chave: Art. 105-A da Lei n. 9504/1997. Vedação. ACP. Restrição. Garantia institucional. Ministério Público. (In) constitucionalidade.

Abstract: This study aims to provide the basis for a reflection on the (un)constitutionality of Art. 105-A of the Election Law (Law 9504/1997), which prohibits the use of the procedures of the Law of Civil Action on electoral matters, restricting institutional guarantee of the Public Prosecution Service expressed in art. 129, III, of the Federal Constitution of 1988, in order to safeguard the interests of individual candidates rather than the diffuse right to legitimacy and normality of the electoral process.

Keywords: Art. 105-A of Law 9504/1997. Seal. ACP. Restriction. Public Prosecution Service. Institutional guarantee. (In) constitutionality.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo. 3 As garantias fundamentais e o reconhecimento das garantias institucionais dentro de um conceito único e conjugado. 4 A ação civil pública e o inquérito civil como garantias institucionais do Ministério Público: cláusula pétrea da CF/1988. 5 Retrocesso trazido pelo art. 105-A da Lei das Eleições (Lei n. 9504/1997): proibição da utilização dos procedimentos da ACP no Direito Eleitoral. 6 Conclusão.

1 Introdução

As preocupações atuais da comunidade jurídica passam, via de regra, por dois pontos-chave, quais sejam: a necessidade de se assegurar, de forma concreta e universal, o pleno acesso à Justiça e a de se equipar o Estado de mecanismos material e formalmente voltados a uma prestação jurisdicional célere, eficiente e, principalmente, eficaz.

Nesse compasso, despontam a ação civil pública e o inquérito civil como autênticas garantias fundamentais do cidadão, por expressa disposição constitucional, uma vez que atendem de forma eficiente e eficaz aos ditames constitucionais do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII).

Além disso, a ação civil pública e o inquérito civil também integram as garantias institucionais do Ministério Público (art. 129, III) e representam importantes instrumentos da atuação desse órgão estatal vocacionado para a transformação social, o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais, razão por que são protegidos pelo manto sagrado das *cláusulas pétreas* da Constituição Federal de 1988.

O compromisso central assumido pelo Estado Democrático de Direito é o de transformar a realidade social na busca da igualdade material quanto ao acesso efetivo a bens e a outros valores. Essa transformação da realidade social com justiça também é compromisso do Ministério Público como defensor do regime democrático (arts. 1º e 127, *caput*, ambos da CF/1988).

Em descompasso com o regime democrático e as perspectivas acima delineadas, surgiu o art. 105-A da Lei n. 9.504/1997, que afasta a aplicação, em matéria eleitoral, das disposições da Lei da Ação Civil Pública. Assim, impede-se que a atuação do Ministério Público nos procedimentos previstos naquela norma – em especial o inquérito civil – possa acarretar reflexos prejudiciais à campanha eleitoral do candidato supostamente investigado e à sua atuação política.

O Direito Eleitoral guarda fundamento de existência material no Estado Democrático de Direito, visando a legitimidade e a normalidade das eleições e consultas populares, de forma que a supremacia da vontade popular seja traduzida fielmente, com base na promoção da igualdade de direitos e na participação de todos na formação da vontade geral. O Ministério Público Eleitoral é essencial nesse processo.

Assim, pretende-se, ao final do presente estudo, trazer fundamentos para reflexão diante da resposta à seguinte questão: é possível a criação de normas e/ou a interpretação restritiva às garantias institucionais do Ministério Público, para servirem de barreira à eficácia social da atuação da instituição na seara eleitoral, em salvaguarda de interesse individual de candidato?

Para isso, serão desenvolvidos quatro tópicos, conforme leitura a seguir: 1) os direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo; 2) as garantias fundamentais e o reconhecimento das garantias institucionais dentro de um conceito único e conjugado; 3) a ação civil pública e o inquérito civil como garantias institucionais do Ministério Público: *cláusula pétrea* da CF/1988 e 4) retrocesso trazido pelo art. 105-A da Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997): proibição da utilização dos procedimentos da ACP no Direito Eleitoral.

2 Os direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo

Ao se referir à função dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, assevera o filósofo e jurista espanhol Antonio Enrique Perez Luño (1984, p. 19) que o constitu-

cionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais. Segundo o autor, as normas que consagram os direitos fundamentais, as que determinam a forma de Estado e as que estabelecem o sistema econômico definem o modelo constitucional de determinada sociedade.

Considerando-se a dinâmica estabelecida entre tais fundamentos, que não podem ser analisados estaticamente, é estabelecida uma relação de interdependência entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito, já que um implica diretamente a garantia do outro. Assim, o tipo de Estado de Direito (liberal, social ou democrático) depende do alcance e significado dado pelos direitos fundamentais, que, por sua vez, têm seu conteúdo condicionado pelo tipo de Estado de direito definido.

Para Perez Luño (1984, p. 20), os direitos fundamentais são a principal garantia dos cidadãos frente ao Estado, no sentido de serem respeitados e promovidos os direitos da pessoa humana, em todas as suas dimensões:

La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjuntamente ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho).

Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana los califica, por ello *Grundwert*), y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas¹.

1 Tradução livre: A concepção de direitos fundamentais determina o próprio significado de “Poder Público”, por existir uma íntima relação entre o papel assinado por esses direitos e o modo de organização e exercício do Poder Estatal. Os direitos fundamentais constituem a principal garantia dos cidadãos de um Estado de Direito de

No entender do renomado jurista do direito espanhol, os direitos fundamentais apresentam-se sob duas dimensões: axiológica-objetiva e subjetiva.

Em sua acepção axiológica-objetiva (1984, p. 21), os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, surgido com fundamento em relações de tensão e nos consequentes esforços de cooperação para as metas comuns. Apresentam-se como um importante legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito e funcionam como base para a edificação de qualquer sociedade democrática. Comportam, ainda, a função de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático e condicionar seu dever de obediência ao direito, bem como garantir um processo político livre e aberto, como elemento informador do funcionamento de qualquer sociedade pluralista.

Em sua dimensão subjetiva (PEREZ LUÑO, 1984, p. 22), por sua vez, os direitos fundamentais representam o “estatuto jurídico dos cidadãos” em suas relações com o Estado e entre os próprios cidadãos entre si. Esses direitos tendem a tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança frente ao poder e aos demais indivíduos.

Ressalta, ainda que, em sua concepção inicial, os direitos fundamentais foram concebidos como instrumento de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, uma vez que se entendia não haver necessidade de se garantirem direitos fundamentais nas relações entre sujeitos, obedecendo-se à concepção de igualdade puramente formal. Entretanto, com a passagem para o estado social, implementaram-se os direitos fundamentais para todos os setores do ordenamento jurídico, inclusive nas relações entre particulares.

Destaca-se que, na medida em que houve a “evolução” do Estado de Direito, os direitos fundamentais foram dinamizando

que o sistema jurídico e político em seu conjunto se orientará no sentido do respeito da promoção da pessoa humana, em todas as suas dimensões (individual, social e coletiva). Os direitos fundamentais se apresentam na normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, como um marco de proteção das situações jurídicas subjetivas.

seu próprio significado e maneiras de atuação, deixando de ser meros limites ao exercício do poder político, para atingir um conjunto de valores direcionados às ações positivas dos poderes públicos. E, mais recentemente, esses valores se ampliaram em direção à tutela coletiva de bens de natureza metaindividual e à concretização de sua dimensão institucional, com base na qual seu conteúdo deve dirigir-se a assegurar os fins e valores constitucionalmente proclamados.

Afirma Perez Luño (1984, p. 25 e 29):

En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimension institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizar-se para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados².

[...]

Esta situación obliga a una continua tarea, siempre abierta, encaminada a profundizar y depurar el estatuto teórico de tales derechos, conjugada con el consiguiente esfuerzo práctico para contribuir a su definitiva implementación³.

Os direitos fundamentais correspondem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que devem informar todo o ordenamento jurídico e nortear qualquer atividade de criação, interpretação e aplicação do Direito, dependendo, para sua efetiva-

2 Tradução livre: Dentro do constitucionalismo atual, os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: no plano subjetivo, funcionam como garantias das liberdades individuais, bem como da defesa dos direitos sociais e coletivos, enquanto que no aspecto objetivo têm assumido dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve dirigir-se a assegurar os fins e valores constitucionalmente proclamados.

3 Tradução livre: Esta situação obriga a uma contínua tarefa no sentido de aprofundar e depurar o estatuto teórico desses direitos, conjugada com o consequente esforço prático para contribuir com a sua implementação definitiva.

ção, do incessante trabalho intelectual dos estudiosos do Direito e do esforço daqueles que têm a incumbência de aplicá-los.

3 As garantias fundamentais e o reconhecimento das garantias institucionais dentro de um conceito único e conjugado

O termo *garantia*, em seu significado neutro e autônomo, se traduz numa posição que afirma a segurança e põe fim à incerteza e à fragilidade. Assim, sempre há garantia em face de um interesse que demanda proteção e de um dado perigo que se deve afastar.

No entanto, as dificuldades começam a surgir quando esse termo é levado para os campos político e jurídico, pois passa a ter uma dimensão conceitual de natureza axiológica, ligando-se aos valores da liberdade e da personalidade como instrumento de sua proteção, conforme afirma Paulo Bonavides (2007, p. 525-526):

A garantia – meio de defesa – se coloca diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direito e garantias, de fazer um sinônimo da outra, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos, não incidindo em lapsos dessa ordem, tão frequentes entre alguns dicionaristas célebres. É o que acontece com o *Dicionário da Real Academia Espanhola* ao definir as garantias constitucionais como “os direitos que a Constituição de um Estado reconhece a todos os cidadãos”. Em idêntica falta incide também, cerca de 40 anos depois, o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, o léxico de mais fama e autoridade no Brasil, que assim define a garantia constitucional: “direitos e privilégios dos cidadãos conferidos pela Constituição dum país”.

No Brasil, Ruy Barbosa⁴ demonstrava preocupação esclarecendo que “a confusão que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adúltera o sentido natural das palavras”. Segundo ele, “Direito é a faculdade

4 Barbosa apud Bonavides (2007, p. 528).

reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil”.

As garantias constitucionais podem ser tanto garantias da própria Constituição (acepção lata) como garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Constituição do País, ou seja, instrumentos jurisdicionais eficazes para a tutela desses direitos (acepção estrita). São entendidas pelos publicistas latino-americanos, preferencialmente, nesta última concepção (BONAVIDES, 2007, p. 532-533):

Na primeira acepção as garantias são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da Constituição, nesse caso, um mecanismo primordial e poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, o mesmo dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadados a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases do regime e o sistema das instituições.

Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.

Os constitucionalistas italianos posteriores à Segunda Grande Guerra Mundial, ao que tudo indica, parecem haver reservado a expressão garantias constitucionais para um uso de conformidade com a primeira acepção.

Já os publicistas latino-americanos se inclinam, de preferência, ao aprofundamento do conceito da linha referente à segunda acepção, e assim o têm formulado com mais frequência em suas obras de Direito Constitucional. Mostram eles a cada passo uma viva preocupação em acompanhar de perto, com redobrado interesse, a criação pelo constituinte de novos recursos jurisdicionais, novas técnicas ou novos institutos aptos a configurarem mecanismos de garantia constitucional dos direitos fundamentais.

A garantia constitucional em sua concepção estrita, conforme defendido pelos doutrinadores latino-americanos, significa, além da garantia prática do direito subjetivo, percebida quando uma cláusula declaratória do direito corresponde à respectiva cláusula assecuratória, o próprio instrumento (remédio jurisdicional) que transforma em eficácia a segurança e a proteção do direito violado.

É neste cenário que surge, como uma das maiores novidades constitucionais do século XX, o reconhecimento das garantias institucionais, tão importantes para o Estado Social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado Liberal.

Para Paulo Bonavides (2007, p. 537), a garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um competente institucional que os caracteriza. E complementa:

No mundo jurídico latino-americano, pelo menos entre nós no Brasil, parece haver uma inclinação a subsumir as garantias institucionais na larga esfera ou universo das garantias constitucionais, não se fazendo, por conseguinte, cabedal de um tratamento autônomo ou admissão de que estamos em presença de uma classe de garantias inteiramente nova.

Em razão disso poder-se-ia talvez redefinir a garantia constitucional com toda a largueza possível, tendo em conta também a dilação de seu conteúdo, a par das variações valorativas que lhe têm sido impostas pela natureza do Estado Social, visto que este subtraiu de referidas garantias o caráter estritamente individualista.

Nesse caso *faz-se mister acolher o alargamento conceitual da garantia constitucional a fim de que nela se possam encaixar também as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado.*

Chegamos, portando, à seguinte conclusão: *a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.* [grifo nosso]

Diante da diferenciação entre direitos e garantias constitucionais e do reconhecimento das garantias institucionais como ampliação do conceito de garantias fundamentais, cláusula pétrea da CF/1988 (art. 60, § 4º, IV), passamos a analisar o instituto da ação civil pública e do inquérito civil como garantias institucionais do Ministério Público.

4 A ação civil pública e o inquérito civil como garantias institucionais do Ministério Público: cláusula pétrea da CF/1988

A Constituição Federal, em seu art. 127, revela a grandeza do Ministério Público ao atribuir-lhe o *status* de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E ao elencar as funções institucionais do Ministério Público, o art. 129, III, da Constituição inclui a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção dos interesses metaindividuais.

Pela simples leitura dos dispositivos, percebe-se a importância que o legislador conferiu ao inquérito civil e à ação civil pública, bem como a grandeza desses institutos como garantia dos direitos de terceira dimensão, consequência natural do estabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Embora não estejam o inquérito civil e a ação civil pública dispostos ao lado das outras garantias constitucionais fundamentais, previstas no art. 5º da CF/1988, isso não lhes retira a qualidade de verdadeiros instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais, como os demais. Trata-se de mera opção topográfica do legislador constituinte, que preferiu enquadrar a ação civil pública e o inquérito civil dentro do capítulo que trata do Ministério Público, o que eleva ainda mais a condição desses instrumentos.

Os direitos e as garantias fundamentais estão previstos por toda a Constituição. Embora reúna grande parte deles, o art. 5º da CF/1988 trata de um rol meramente exemplificativo. Diferente entendimento

levaria a interpretação restritiva dos direitos e das garantias fundamentais, o que é vedado pelo próprio sistema constitucional.

O art. 60, § 4º, da Constituição Federal traz o que se denomina de *cláusulas pétreas*, ou seja, o núcleo intangível do sistema constitucional. Não é permitido haver sequer proposta legislativa (proposta de emenda) que intente abolir essas cláusulas. Nesse aspecto, a doutrina é pacífica ao entender o vocábulo *abolir* na acepção ampla do termo; assim, não é possível restringir os direitos fundamentais nem por emenda à constituição nem por interpretação que diminua sua abrangência ou relevância.

A possível dúvida quanto à aceitação do inquérito civil e da ação civil pública como cláusula pétrea advém da dicção do próprio dispositivo constitucional, que abriga o *núcleo intangível* da Constituição de 1988, pois seu art. 60, § 4º, dispõe que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias *individuais*”. [grifo nosso]

Assim, como o inquérito civil e a ação civil pública consistem em instrumentos de proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, uma leitura apressada poderia levar à ideia de que os referidos institutos não estariam protegidos pelo manto das *cláusulas pétreas* da Constituição.

No entanto, segundo a doutrina, a expressão *direitos e garantias individuais* exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o pensamento da Escola Liberal e sua versão do positivismo jurídico. É preciso

outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivistas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais (BONAVIDES, 2007, p. 638).

Além disso, só é possível atingir o verdadeiro sentido da *Constituição*, por meio de uma hermenêutica constitucional dos Direitos e Garantias Fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito, tornando-se inconstitucional qualquer interpretação restritiva da expressão

direitos e garantias individuais, que não pode servir de argumento para a exclusão dos direitos sociais e dos coletivos da proteção da *cláusula pétrea*.

Pelo exposto, a elevação do inquérito civil e da ação civil pública ao plano constitucional e sua afirmação como garantia institucional do Ministério Público na proteção dos interesses metaindividuais leva à conclusão de que tais institutos consistem em verdadeira *cláusula pétrea*, embora não previstos expressamente no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

5 Retrocesso trazido pelo art. 105-A da Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997): proibição da utilização dos procedimentos da ACP no Direito Eleitoral

A Lei n. 9.504, comumente denominada *Lei das Eleições*, foi publicada em 1º de outubro de 1997, a fim de estabelecer normas gerais para as eleições no Brasil. No ano de 2009, por meio da Lei n. 12.034/2009, ocorreu a “minirreforma eleitoral”, que alterou substancialmente a redação originária da Lei n. 9.504 e nela incluiu o art. 105-A na Lei das Eleições, *in verbis*: “Em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985”.

Com base em um histórico legislativo das proposições que resultaram na *minirreforma*, é possível notar que a restrição estabelecida pelo art. 105-A não constava do projeto original e foi pouco abordada e discutida pelas Casas Legislativas. A questão decorreu de uma emenda (Plenário n. 57) da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Bonifácio Andrada, no intuito de inviabilizar a utilização do inquérito civil na seara eleitoral⁵.

5 Na justificativa, o Deputado assim ponderou: “O processo eleitoral é específico e precisa ser devidamente regulamentado e não pode ser alterado na prática do dia a dia, quer por parte do Juiz Eleitoral, quer por parte do Membro do Ministério Público. São comuns ocorrências em que o Ministério Público instala sindicâncias seguindo os procedimentos que se prevê a Lei da Ação Civil Pública ou certos tipos de inquéritos que na realidade representam providências (sic) ilegais e com

Contudo, a Constituição Federal de 1988, ao disciplinar o inquérito civil e estabelecer os poderes inerentes a essa investigação, deu um novo valor a esse instrumento, permitindo sua utilização para o exercício de todas as atribuições constitucionais do Ministério Público. Na seara eleitoral, é evidente que há interesse difuso quanto à garantia da normalidade e legitimidade do poder de sufrágio popular, viabilizando a democracia. Há, inclusive, previsão expressa no art. 129, III, da CF/1988 no sentido de que o Ministério Público está legitimado para tanto.

Ao mesmo tempo, o inquérito civil é um instrumento de cidadania, uma vez que enseja a participação de todos no controle dos atos do Poder Público, da forma mais ampla possível, sem exigir comprovação da condição de eleitor de quem venha a noticiar determinado fato, o que o torna um importante instrumento de participação política.

A doutrina já consagrou e os tribunais superiores vêm afirmando que, diante de sua natureza inquisitiva, a mera instauração do inquérito civil não fere o direito líquido e certo nem ofende a liberdade de ir e vir, por isso não se tem admitido impetração de mandado de segurança e de *habeas corpus* em face de sua mera instauração.

No mesmo sentido, não cabe reparação por dano moral pela instauração da investigação ministerial, ainda que esta resulte em arquivamento, uma vez que se trata de regular exercício de funções institucionais. Isso não quer dizer que a instauração ministerial esteja infensa ao controle judicial, desde que ocorra a violação de algum regramento legal na condução da investigação ou haja desvio de finalidade em sua instauração (RODRIGUES, 2013, p. 245).

Ademais, a instauração do inquérito civil tem alguns importantes efeitos, pois possibilita a prática de atos administrativos exe-

graves repercussões no processo político eleitoral, mesmo que estes inquéritos não resultem em apuração de qualquer infração. Só o fato de se instalar uma sindicância contra um candidato já constitui uma providência (sic) que atinge (sic) de uma forma muito expressiva sua campanha eleitoral”.

cutórios tais como notificações, requisições, condução coercitiva, atos de instrução e outros, uma vez que a atividade requisitória do Ministério Público deve sempre ocorrer dentro de um instrumento formal de investigação.

Por se tratar de um procedimento que não implica sanções ou restrição de direitos, a ele não se aplica o princípio do contraditório. E ainda assim a instrumentalização da investigação do Ministério público acaba vantajosa mesmo para quem se imputa a suposta lesão ao direito, uma vez que funciona como um filtro para evitar a propositura das ações descabidas.

A introdução do art. 105-A no ordenamento jurídico brasileiro veio de encontro ao modelo de atuação do novo Ministério Público e ao bom desempenho de sua vocação de agente de transformação social, desenhado pelo texto constitucional democrático da CF/1988. Afirmar Carlos Alberto Jatahy (2013, p. 34) referindo-se a atuação do Ministério Público:

De fato, sua atuação o vincula primordialmente a função de “órgão agente”, privilegiada pelo manejo dos poderosos instrumentos previstos na Constituição, onde se destacam o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública (art. 129, III). Este perfil está diretamente relacionado a implementação dos princípios e valores insertos no texto constitucional, sendo o Ministério Público o defensor direito dos interesses de relevância social. Incumbe-lhe, como assevera Márcia Piatigosky “ter como fonte primeira de interpretação a Constituição, afastando-se o absolutismo legal formal e defendendo a legalidade democrática, visando o bem comum. Operando o direito é possível transformar a realidade e concretizar o Estado Democrático”.

Houve mudança de paradigma com a instituição do Estado Democrático de Direito e para sua concretização é preciso sintonizar a legislação com o texto constitucional, operar sua constitucionalização, fazer vazar as consequências da filtragem constitucional, realizar, enfim, a leitura da lei com os olhos voltados para a Constituição e o futuro (CLÉVE, 2004 apud JATAHY, 2013).

A fim de declarar a inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei n. 9.504/1997, foi proposta a ADI n. 4352, que se encontra no Supremo

Tribunal Federal aguardando julgamento. A referida ação tem como premissas a indevida restrição ao exercício de funções institucionais do Ministério Público e a violação do art. 129, III, da CF/1988, bem como dos princípios da moralidade, da probidade e da coibição ao abuso do poder político e econômico pela norma citada.

Em relação à inconstitucionalidade do art. 105-A da Lei das Eleições e considerando o cenário em que se deu e a justificativa para sua criação, Peleja Jr. e Batista (2010, p. 83) observam:

Analizando a Constituição Federal, que dispôs expressamente acerca da Ação Civil pública, entendemos que a *voluntas legislatoris* não é suficiente para justificar a norma restritiva, nos moldes em que se deu. Ora, não é porque a Ação Civil Pública e o Inquérito Civil são utilizados de forma abusiva, que se justifica a supressão do instituto no campo eleitoral.

Imagine-se o caso em que um candidato, valendo-se do cargo de agente público lese o patrimônio público, cuja conduta se enquadra, ao mesmo tempo, como abuso de poder político e econômico – captação ilícita de sufrágio, mediante distribuição de benefícios financiados com recurso público.

A norma infraconstitucional específica disciplinando o tema não faz qualquer restrição.

Via interpretação sistemática, verifica-se que a norma está em dissonância com o postulado constitucional que propõe o combate à improbidade administrativa e a proteção do patrimônio público e social, dos quais a lisura do pleito é correlato.

A Constituição Federal consagra os princípios da moralidade, da probidade, o princípio democrático e a coibição ao abuso do poder político e econômico. A redação do art. 105-A, Lei 9.504/97, vai totalmente de encontro a tais desideratos. Trata-se de norma incompatível com a Carta Mãe e, portanto, inconstitucional.

Por fim, a inconstitucionalidade do referido dispositivo também decorre de violação ao princípio do livre acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/1988), que busca garantir uma resposta jurisdicional a todo aquele que sofra lesão ou ameaça de lesão

aos seus direitos. O destinatário do referido princípio é o legislador, que ficaria impedido de elaborar normas jurídicas que obstruam (ou restrinjam em demasia) o acesso aos órgãos do Poder Judiciário.

6 Conclusão

A CF/1988 valorizou o Ministério Público, seus princípios, atribuições e garantias, da mesma forma que valorizou os direitos fundamentais arrolados no seu Título II. Ela consignou expressamente, em rol exemplificativo, várias atribuições ao Ministério Público no art. 129. A leitura do art. 129 deve estar unida à do art. 127 e, esta associada à do art. 1º da CF, que estatui o Estado Democrático de Direito.

O inquérito civil é importante instrumento de coleta e organização de dados, de pesquisa e de formação de prova documental e testemunhal. Assim, embora tenha natureza civil, nada impede que os elementos que embasaram a propositura de uma ação civil pública, colhidos no bojo de um inquérito civil, possam ser utilizados para subsidiar a atuação do Ministério Público Eleitoral.

No mesmo sentido, o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público Eleitoral em situações específicas também se revela perfeitamente possível; por exemplo, como supedâneo da ação rescisória eleitoral, possibilitando a ampliação de seu alcance (hipóteses e competência), bem como para eventual desconstituição de coisa julgada inconstitucional pelo MP eleitoral, ante a ausência de instrumento específico para tal fim, em prol da lisura do processo democrático.

A comunidade jurídica tem-se inclinado ao entendimento da Constituição dentro do conceito de *sistema*. Trata-se do Sistema Constitucional, ou seja, admite-se que, embora a Constituição ocupe o centro desse sistema, ela não está sozinha; a Constituição está circundada por normas infraconstitucionais, princípios, interesses políticos e da sociedade, que devem ser considerados no momento de sua interpretação e aplicação.

Ademais, o acesso à Justiça é direito constitucional fundamental em nosso ordenamento jurídico, e a ação civil pública (e seus institutos), instrumento eficaz para sua garantia, que assegura, ainda, a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação, atendendo aos ditames constitucionais.

Assim, como se buscou demonstrar neste estudo, o legislador ordinário, ao criar a norma do art. 105-A da Lei n. 9.504/1997, com a redação da Lei n. 12.034/2009, que proíbe a aplicação dos institutos da lei da ação civil pública ao Direito Eleitoral, desrespeitou a Constituição em vários aspectos, dos quais se destacam:

restrição das garantias institucionais do Ministério Público, previstas no art. 129, III, da CF/1988 (ação civil pública e inquérito civil), *cláusulas pétreas*, com a criação de barreira que restringe a eficácia social da atuação da instituição na seara eleitoral;

equivocada valoração dos interesses protegidos, uma vez que fundamenta a vedação da aplicação dos institutos da ACP em matéria eleitoral na proteção de interesses individuais de candidatos (sua imagem contra reflexos prejudiciais à campanha eleitoral e sua atuação política), em detrimento do interesse difuso quanto à legitimidade e à normalidade do processo eleitoral;

ofensa ao princípio constitucional do livre acesso ao Judiciário, com os meios e recursos a ele inerentes (art. 5º, XXXV, CF/1988), bem como aos princípios da moralidade, da probidade e da coibição ao abuso do poder político e econômico, que buscam assegurar um processo eleitoral legítimo e igualitário.

É eivada de inconstitucionalidade qualquer norma (e/ou interpretação) que, visando salvaguardar interesse de candidato, restrinja garantia institucional do Ministério Público e impeça a plena eficácia social da atuação da instituição na seara eleitoral.

Conclui-se, portanto, que o art. 105-A da Lei das Eleições, além de inconstitucional, representa um grande retrocesso na busca da concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais e da realização do modelo de justiça esboçado pelo Estado Democrático de Direito ao qual a “Constituição Cidadã” rende todas as suas homenagens.

Referências

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de direito eleitoral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais de Ministério Público*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 14. ed, rev., atual. e ampl. Bauru: EDIPRO, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Tratado de direito eleitoral. Tomo I*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CONEGLIAN, Olivar. *Radiografia da Lei das Eleições 2010: comentários à Lei 9.504/97, com alterações das Leis 9.840/99, 10.408/02, 10.740/03, 11.300/06 e 12.034*. Curitiba: Juruá, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Bahia: Jus Podium, 2007.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILARÉ, Edis. *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. *Direito eleitoral: aspectos processuais – ações e recursos*. Curitiba: Juruá, 2010.

PEREZ LUNO, Antônio. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.