

ISSN 0104-6152

RESENHA ELEITORAL

vol. 22, n. 1-2
2018



EJESC

Escola Judiciária Eleitoral
de Santa Catarina

RESENHA ELEITORAL



ASSEMBLEIA LEGISLATIVA
DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Resenha Eleitoral: Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina
Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. v. 22, n. 1-2 (2018) -.
Florianópolis: TRE, 2019.

Semestral
ISSN 0104-6152

Continuação de: Resenha Eleitoral (1949-1951)

1. Direito Eleitoral 2. Direito Constitucional 3. Direito Administrativo
4. Ciência Política
I. Santa Catarina. Tribunal Regional Eleitoral

CDU 342.8(816.4)(05)

ISSN 0104-6152

RESENHA ELEITORAL

RESENHA ELEITORAL

ISSN 0104-6152

Missão da Resenha Eleitoral: Democratizar a divulgação do conhecimento científico na área eleitoral, por meio de publicação de trabalhos inéditos que promovam a transformação baseada na convergência entre a teoria e a prática.

Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

Rua Esteves Júnior, 68 - Centro - Florianópolis/SC - 88015-130 - Fone: (48) 3251-7421

Contato: resenha@tre-sc.jus.br

Missão do TRES: Garantir a legitimidade do processo eleitoral e o livre exercício do direito de votar e ser votado, a fim de fortalecer a democracia.

Presidente

Desembargador Cid José Goulart Júnior

Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral

Desembargador Jaime Ramos

Diretor da Escola Judiciária Eleitoral (EJESC)

Juiz Wilson Pereira Junior

Vice-Diretora da Escola Judiciária Eleitoral (EJESC)

Isabella Bertoncini

Diretor-Geral do TRES

Daniel Schaeffer Sell

Secretário Executivo da EJESC

Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira

Editor-Chefe da revista

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior

Editores Executivos

Isabella Bertoncini

Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira

Vitor Guilherme Lübke

Edmar Sá

Identidade Visual e Comunicação

Ana Patrícia Trancredo Gonçalves Petrelli

Jairo Ângelo Grisa

Juliana Vier Both

Projeto gráfico e diagramação

Rodrigo Camargo Piva

Apoio

Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina (ALESC)

Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ)

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Morais da Rosa (UFSC/UNIVALI)

Ana Claudia Santano (UNIBRASIL)

Ángel Ricardo Oquendo (University of Connecticut/EUA)

Carlos Gonçalves Júnior (PUC-SP)

Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC e Univ. Positivo)

Cesar Luiz Pasold (UNIVALI)

Clarissa Fonseca Maia (UESPI)

Cláudio Brandão de Oliveira (EMERJ)

Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (TJ/SC)

Daniel Castro Gomes da Costa (UFMS)

Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis (IDP)

Diogo Rais Rodrigues Moreira (MACKENZIE-SP)

Eduardo de Avelar Lamy (UFSC)

Elaine Hazrheim Macedo (IGADE)

Elizete Lanzoni Alves (AJ-SC e ENA/Brasil)

Enaida Desiree Salgado (UFPR)

Fernando Gaspar Neisser (PUC-MG/ABRADEP)

Fernando Vieira Luiz (TJSC)

Flávio Cheim Jorge (UFES)

Flávio Pansieri (PUC-PR)

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (UFSC/UNIVALI)

Frederico Franco Alvim (TRE-SP)

Gustavo Bohrer Paim (UNISINOS)

Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)

João Andrade Neto (PUC-MG)

João Batista Lazzari (ESMAFE-RS/CESUSC-SC)

José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR)

José Isaac Pilati (UFSC)

José Jairo Gomes (PRE-DF)

Juliana Rodrigues Freitas (CESUPA)

Lilian Márcia Balmant Emerique (UFRJ)

Luciana Panke (UFPR)

Luiz Fernando Casagrande Pereira (UNICURITIBA)

Luiz Guilherme Arcaro Conci (PUC-SP)

Luiz Magno Pinto Bastos Júnior (UNIVALI)

Marcelo Weick Pogliese (UFPB)

Marilda de Paula Silveira (IDP)

Matheus Felipe Castro (UFSC e UNOESC)

Orides Mezzaroba (UFSC e UNOESC)

Orlando Luiz Zanon Junior (UNIVALI)

Paulo de Tarso Brandão (ACALEJ)

Paulo Márcio Cruz (UNIVALI)

Pedro Manoel Abreu (UNIVALI)

Pedro Miranda de Oliveira (UFSC)

Rafael da Cás Maffini (UFRGS)

Roberta Maia Gresta (PUC-MG)

Rodolfo Viana Pereira (UFMG)

Sérgio Roberto Baasch Luz (UNIVALI)

Silvana Batini Cesar Góes (FGV-RJ)

Silvana Krause (UFRGS)

Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (UnB)

Vania Siciliano Aieta (UERJ)

Walber Moura Agra (UFPE)

Sumário

PRIMEIRA SEÇÃO

RESENHA CIENTÍFICA

ARTIGOS

- 17 **Demandas Eleitorais: estabilização, fatos novos e decadência**
Luiz Fernando Casagrande Pereira
- 35 **O Devido Processo Legal e as Nulidades no Novo Código de Processo Civil**
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
- 51 **As Incompatibilidades de Aplicação do Negócio Jurídico Processual no Direito Eleitoral**
Luiza Cesar Portella e Luiz Magno Pinto Bastos Junior
- 77 **Financiamento Empresarial de Campanha Eleitoral e Posterior Relação com o Governo Eleito: diretrizes para o sistema preventivo de infrações penais eleitorais do endêmico modelo de corrupção**
Roberto Ferreira Archanjo da Silva
- 107 **A Utilização dos Institutos Jurídicos da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito Eleitoral**
Alex Sandro Barbosa dos Santos e Rogério Carlos Born
- 127 **A Segurança como Sinônimo de Incerteza: a importância do judiciário nos modelos de governança eleitoral latino-americanos**
Felipe Gallo da Franca
- 145 **O Sistema Eleitoral Proporcional e o Multipartidarismo na Formação do Presidencialismo de Coalizão**
Luiz Henrique Borges de Azevedo Silva e Nayra Juliana Daniel de Azevedo
- 163 **Criação de Novo Partido: justa causa para a infidelidade partidária?**
Rodrigo Élcio Marcelos Mascarenhas e Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira
- 189 **O Mercosul e o Compromisso Democrático**
Carlos Alberto Moraes

SEGUNDA SEÇÃO

RESENHAS DA RESENHA

- 231** **Contratação Temporária pela Administração Pública no Ano Eleitoral: restrições impostas pela legislação e sua interpretação jurisprudencial**
Marcus Cléo Garcia
- 239** **As Ações de Comunicação dos Agentes Públicos durante o Período Eleitoral: uma análise do Acórdão TRESA n. 30.238, de 27.10.2014**
Hugo Frederico Vieira Neves

TERCEIRA SEÇÃO

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

- 251** **Acórdão n. 27940, de 19 de dezembro de 2012**
Relator: Juiz Eládio Torret Rocha
- 253** **Acórdão n. 31328, de 27 de julho de 2016**
Relator designado: Juiz Antonio do Rêgo Monteiro Rocha
- 254** **Acórdão n. 32299, de 14 de fevereiro de 2017**
Relator: Juiz Wilson Pereira Junior
- 255** **Acórdão n. 32310, de 21 de fevereiro de 2017**
Relator: Juiz Wilson Pereira Junior

Apresentação

Revista pode significar publicação periódica ou, ainda, o ato ou efeito de examinar detida ou detalhadamente. *Resenha*, por sua vez, significa resumo descritivo ou análise crítica.

A revista *Resenha Eleitoral*, cuja origem remonta ao ano de 1949, teve, a partir de 1994, uma nova série que foi descontinuada em 2010 (volume 18). Considerados ambos os períodos, contou com edições comemorativas e históricas, artigos inéditos ou não e jurisprudência selecionada. Em 2015, foi retomada com o volume 19, e, a partir do volume 20, número 1, passou a perseguir – observados os limites do interesse público de uma revista institucional – o atendimento dos critérios da CAPES, publicando exclusivamente artigos jurídicos com foco na convergência entre teoria e prática.

Tomados os vocábulos *revista*, em sua acepção de exame detido ou detalhado, e *resenha*, no sentido de resumo, pode-se interpretar uma *contradictio in terminis* numa revista científica denominada *Resenha Eleitoral*.

Por determinação da Presidência deste Tribunal, mantido o cunho científico centrado no Direito Eleitoral, parte-se para uma nova fase da *Resenha* que culmina num reencontro com suas origens e numa pacificação terminológica.

Com efeito, além da seção de artigos científicos, com avaliação às cegas por pares (*double blind peer review*) e observância de exogenia, adota-se uma seção de *papers* e/ou comentários a julgados, denominada *Resenhas da Resenha*, que objetiva democratizar o acesso a uma publicação de qualidade e fomentar a produção de textos por operadores do direito eleitoral e áreas afins, estimulando que seus autores venham a produzir artigos científicos. Assim, o atual formato consubstancia uma engenhosa solução à eventual contradição em termos de uma revista científica com o nome de *Resenha*.

Por sua vez, a seção de Jurisprudência Selecionada é um retorno às origens da *Resenha Eleitoral*, que retoma a publicação de jurisprudência relevante em sede do Direito Eleitoral.

O volume 22, número 1-2, da *Resenha Eleitoral*, ora apresentada, resta assim constituído:

(i) Seção Científica: artigos em Direito Eleitoral, resultantes de submissão do fluxo contínuo.

(ii) Seção Resenhas da Resenha: comentários a julgados a respeito de condutas vedadas.

(iii) Seção Jurisprudência Seleccionada: julgados a respeito de condutas vedadas.

Por fim, agradeço efusivamente:

(i) ao Desembargador Cid José Goulart Júnior, Presidente do TRESA, pelo apoio a essa demanda de primeira hora, quando do convite a mim formulado para assumir a Escola Judiciária Eleitoral de Santa Catarina (EJESC);

(ii) à Vice-Diretora e ao Secretário Executivo da EJESC, Isabella Bertoncini e Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira;

(iii) à Secretaria Judiciária, unidade originalmente responsável pela *Resenha Eleitoral*, que gentil e habilmente concretiza a editoração dos números da revista;

(iv) ao editor-chefe da *Resenha*, Prof. Dr. Luiz Magno Pinto Bastos Júnior, Vice-Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB-SC, aos avaliadores e revisores e aos autores, que confiaram nessa nova fase da *Resenha Eleitoral*.

Boa leitura!

Wilson Pereira Junior

Juiz Diretor da Escola Judiciária Eleitoral de Santa Catarina

Apresentação

“Caminhante, são tuas pegadas o caminho e nada mais. Caminhante,
não há caminho, se faz o caminho ao caminhar”

(Joan Manoel Serrat)

Inauguro a abertura do volume 22 da revista *Resenha Eleitoral* com um trecho desta canção do catalão Joan Manoel Serrat que reflete um pouco da trajetória da nossa *Resenha*. As ideias de renovação e de reinvenção têm sido marcas características desta revista que, em 2015, decidiu converter-se em uma Revista Acadêmica (buscando atender aos padrões de exigência da CAPES de periódicos científicos).

Ao assumir esse propósito, a Escola Judiciária Eleitoral de Santa Catarina dotou a *Resenha* de um grande desafio: o de construir pontes entre a Academia e a Justiça Eleitoral e, dessa forma, aprofundar sua vocação de contribuir para a (re)construção diária do Direito Eleitoral. Essa vocação, em um cenário em que a mudança é nossa única certeza, revela-se não somente um grande desafio, mas assume um sentido de urgência.

Após um período de reestruturação, essa edição da *Resenha* passou por (mais) uma transformação. Para além da seção dedicada aos artigos científicos (Resenha Científica), a revista passa a dispor de duas seções específicas: a *Resenhas da Resenha* (destinada a publicação de comentários jurisprudenciais ou artigos de opinião, revestidos de um caráter mais técnico e voltando à ampliação do público alvo atingido pela *Resenha*) e a Resenha Jurisprudencial (destinada à divulgação de decisões consideradas pelo corpo editorial relevantes para o tratamento de algumas matérias).

Os artigos que foram submetidos e aprovados para esta edição da Resenha Científica são marcados por diferentes abordagens ao Direito Eleitoral, ora tratando de aspectos processuais relacionados à aplicabilidade (ou não) de institutos do Novo CPC ao Direito Eleitoral, ora tratando de aspectos relativos às interfaces entre os sistemas eleitorais e os modelos de governança nas instituições democráticas.

No artigo *Demandas Eleitorais: estabilização, fatos novos e decadência*, o autor Luiz Fernando Casagrande Pereira defende que a estabilidade jurídica dos mandatos consiste em um dos pressupostos elementares da ordem constitucional brasileira e, por conseguinte, os prazos decadenciais previstos na legislação limitam o exercício da jurisdição eleitoral, no que diz respeito à apuração de fatos ilícitos aptos a ensejarem a cassação de mandatos eletivos. A tese central desenvolvida no artigo consiste na impossibilidade

de, durante a instrução processual, sejam acrescentados novos fatos (aptos a configurarem novas causas de pedir) àqueles que já tenham sido previamente integrados à apuração em curso. A tese discutida neste artigo ganhou especial relevância por ocasião de decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral que julgou improcedentes as ações propostas para a cassação da Chapa Dilma-Temer (AIJE n. 194.538, AIME 761 e RP 846).

No artigo *O Devido Processo legal e as Nulidades no Novo Código de Processo Civil*, o autor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto se ocupa em conferir uma visão abrangente sobre as concepções que subjazem latentes no sistema de invalidades processuais instituídos pelo Novo Código de Processo Civil. Seu propósito é descrito nos seguintes termos: “descrever as teses que foram construídas a partir dos nossos modelos legislativos até o sistema de enfrentamento das nulidades adotado no CPC de 2015, destacando suas particularidades e possibilidades no contexto da lógica atual do processo civil”. Apesar do texto não tratar diretamente dos reflexos deste sistema no Direito Eleitoral, as luzes por ele lançadas permitem importantes reflexões na sua aplicabilidade ao processo eleitoral.

No artigo *As Incompatibilidades de Aplicação do Negócio Jurídico Processual no Direito Eleitoral*, os autores Luiza César Portella e Luiz Magno Pinto Bastos Junior adotam uma metodologia bastante interessante quando se propõe a discorrer sobre um dos novos institutos criados pelo NCPC (o negócio jurídico processual) e avaliar a sua aplicabilidade ao Direito Eleitoral. Após descortinarem os contornos jurídicos deste instituto e suas vantagens (sobretudo no que tange à celeridade e à possibilidade de adoção de mecanismos de gerenciamento do procedimento judicial), avaliam a impossibilidade de sua utilização no processo eleitoral em face das peculiaridades do microsistema eleitoral que é analisado no artigo.

No artigo *Financiamento Empresarial de Campanha Eleitoral e Posterior Relação com o Governo Eleito: diretrizes para o sistema preventivo de infrações penais eleitorais do endêmico modelo de corrupção*, o autor Roberto Ferreira Archanjo da Silva analisa um tema de grande relevância que consiste na tensão que existia entre o financiamento empresarial de campanhas e as relações posteriores com o governo eleito. O autor defende, no entanto, que deva ser reestabelecido o financiamento empresarial para campanhas eleitorais, em balizas totalmente distintas daquelas que se encontravam em vigor. No entanto, essa medida deve estar associada à implementação de mecanismos eficazes de prevenção de infrações penais eleitorais, em especial, relacionados à exigência de desenvolvimento e efetivação, pelas empresas, de programas de integridade e de ferramentas que incrementem os graus de transparência na relação entre empresas e candidatos.

No artigo *A Utilização dos Institutos Jurídicos da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito Eleitoral*, os autores Alex Sandro Barbosa dos Santos e Rogério Carlos Born partem da constatação de que a legislação eleitoral não somente prevê inúmeros tipos abertos, como igualmente faculta ao magistrado que os analise em correlação com outras condutas dos agentes envolvidos no contexto eleitoral e, ainda, confere grande “margem de escolha” em face das sanções. Estas peculiaridades, segundo defendem, exigem do magistrado o exercício de um cuidadoso juízo de proporcionalidade e de razoabilidade no exercício da jurisdição eleitoral. Neste contexto, o artigo se propõe a discorrer sobre o juízo de proporcionalidade e de razoabilidade e a buscar balizamentos para a sua aplicação a partir da análise pontual em alguns precedentes do Tribunal Superior Eleitoral.

No artigo *A Segurança como Sinônimo de Incerteza: a importância do judiciário nos modelos de governança eleitoral latino-americanos*, o autor Felipe Gallo da Franca adota duas perspectivas que não são recorrentes entre nós: a primeira, busca fazer uma relação entre a governança eleitoral e a segurança jurídica colocando em xeque os conceitos de previsibilidade e garantia de integridade; e a segunda, propõe uma análise dessa relação qualificada como paradoxal a partir de análise comparada dos modelos de governança eleitoral na América Latina. Para tanto, o autor propõe um questionamento que orienta sua análise (como definir a segurança em um ambiente que impera a incerteza?), para chegar a conclusão de que o conceito de segurança jurídica deve ser redefinido pela ideia de legitimidade. Conclusão esta que, em verdade, representa um convite para nossa reflexão.

No artigo *O Sistema Eleitoral Proporcional e o Multipartidarismo na Formação do Presidencialismo de Coalizão*, os autores Luiz Henrique Borges de Azevedo Silva e Nayra Juliana Daniel de Azevedo defendem que o sistema eleitoral proporcional implementado no Brasil com a Constituição Federal de 1988 criou um modelo político que acabou por se autoconsumir tendo vista o modelo de multipartidarismo instalado no país. Ao final, os autores defendem a necessidade de uma reforma política que tenha aptidão para romper um regime de benefícios dos partidos e que possa interromper o caminho de “autodestruição política e democrática” do país.

No artigo *Criação de Novo Partido: Justa Causa para a Infidelidade Partidária?*, os autores Rodrigo Elcio Marcelos Mascarenhas e Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira defendem que a criação de novo partido, elencada como uma das hipóteses previstas na Res. TSE n. 22.610/2007 a autorizar a migração de parlamentar sem a perda de seu mandato, não mais subsiste na ordem jurídica brasileira. De acordo com os autores, a expressa

supressão desta modalidade da regulamentação do instituto determinada pela Lei n. 13.165/2015 teria importado em sua revogação da ordem jurídica brasileira. Os autores reconhecem que a questão se encontra judicializada (ADI n. 5.398/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso), no entanto, defendem o entendimento de que essa modalidade já não mais subsiste na ordem jurídica nacional.

No artigo *O Mercosul e o Compromisso Democrático*, o autor Carlos Alberto Moraes propõe uma reflexão sobre o papel da democracia como fundamento da integração do Mercosul e, mais ainda, sobre a necessidade de melhor clareza na definição de cláusulas de compromisso democrático como as constantes do Protocolo de Ushuaia, a fim de evitar que eventual aplicação de sanções pelo seu descumprimento não tenham o condão de desestabilizar as relações de mútua confiança entre os participantes do bloco.

A seção inaugural das *Resenhas da Resenha* reúne dois *papers* assinados por servidores do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Esses trabalhos foram apresentados como resultado de convocatória divulgada pela EJESC, que tinha como principal assunto as condutas vedadas em ano eleitoral. Essa convocatória sobre temas específicos foi a primeira experiência levada a efeito no âmbito da *Resenha Eleitoral*.

Na primeira Resenha denominada *Contratação Temporária pela Administração Pública no Ano Eleitoral: restrições impostas pela legislação e sua interpretação jurisprudencial*, o autor Marcus Cléo Garcia abordar um dos temas que recorrentemente aportam nos tribunais em ano de eleições, notadamente, em ano de eleições locais, relativo aos limites legais à contratação temporária. Neste artigo, o autor analisa a decisão do TRESA (Acórdão n. 33.001, de 7.3.2018) que, conferindo uma interpretação mais elástica do que a constante dos precedentes de referência do Tribunal Superior Eleitoral, prima por conferir máxima efetividade à concretização dos direitos sociais fundamentais, sem descurar do dever de salvaguarda da igualdade de oportunidades que deve ser assegurada entre os competidores (bem jurídico protegido pelo regime das condutas vedadas).

Na sequência, o autor Hugo Frederico Vieira Neves, na Resenha intitulada *As ações de comunicação dos agentes públicos durante o período eleitoral: uma análise do Acórdão TRESA n. 30.238, de 27.10.2014*. Trata-se de importante precedente através do qual a Corte Regional catarinense forneceu determinadas balizas a serem adotadas pelos serviços de comunicação municipal e a veiculação de notícias jornalísticas pelos meios de comunicação social, tendo como pano de fundo o dever de proteção das liberdades civis.

Por fim, convém registrar, a última seção desta edição, a *Jurisprudência Seleccionada*, destinada a conferir destaque a determinados acórdãos que reproduzam reflexões importantes e/ou que representem precedentes paradigmáticos e/ou viradas jurisprudenciais, a fim de orientar a atuação dos diferentes operadores do Direito Eleitoral.

Nesta edição, são apresentados quatro Acórdãos do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina que tratam de diferentes nuances referentes ao tema das condutas vedadas. A versão impressa da *Resenha* somente apresenta as ementas dos referidos acórdãos. No entanto, suas versões integrais estarão disponíveis na versão digital da revista.

O primeiro deles, o Acórdão n. 27.940 (j. em 19.12.2012, Rel. Juiz Eládio Torret Rocha) por meio do qual a Corte Regional reconheceu que os gastos com publicidade institucional excessivos configurariam abusos de poder econômico e de autoridade aptos a justificar a cassação de mandato de prefeito candidato a reeleição. O acórdão assenta-se sobre duas premissas: o excesso de gastos (inovando no critério até então adotado de anualidade de gastos) e a natureza das propagandas institucionais veiculadas. Este acórdão, confirmado pelo Tribunal Superior Eleitoral em 24.3.2015, acabou por contribuir decisivamente para alteração legislativa no art. 73, inc. VII da Lei n. 9.504/97 (Lei n. 13.165/15).

O segundo, o Acórdão n. 31.328 (j. em 27.7.2016, Rel. Desig. Juiz Antonio do Rêgo Monteiro Rocha) trata de um tema recorrente em eleições (sobretudo municipais) que diz respeito a utilização de programas sociais com finalidade eleitoral. O acórdão de referência aborda uma série de questões relevantes sobre a temática: (a) a diferenciação entre captação ilícita de sufrágio e abuso de poder relacionada a oferta de serviços públicos; (b) ampliação do programa social já implementado no ano anterior; e (c) questões referentes aos meios de prova da irregularidade.

O terceiro, o Acórdão n. 32.299 (j. em 14.2.2017, Rel. Juiz Wilson Pereira Junior) trata sobre a possibilidade de utilização de imagens de servidores e de prédios públicos nas propagandas eleitorais de candidatos ocupantes de cargos públicos, afastando a acusação da utilização de bens públicos (conduta vedada pela legislação eleitoral).

O quarto, o Acórdão n. 32.310 (j. em 21.2.2018, Rel. Juiz Wilson Pereira Junior) trata sobre as restrições para transferências voluntárias de recursos decorrentes de convênio entre o Estado e as prefeituras durante ano eleitoral. O acórdão aborda o alcance da exceção legal prevista que permite a possibilidade de repasses para convênios que já se encontrem em execução.

Antes de encerrar esta apresentação, não poderia deixar de registrar publicamente o meu agradecimento, em nome de todos os integrantes do Conselho Editorial da nossa *Resenha*, ao apoio incondicional depositado em nós pelo Des. Cid José Goulart Junior (Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina) e, em especial, pelo Juiz Wilson Pereira Junior (Diretor da Escola Judiciária Eleitoral). Se acreditar (e apoiar) a gestão de uma revista acadêmica em um órgão jurisdicional já é uma iniciativa per si louvável, conferir plena autonomia científica aos integrantes do Conselho no processo de seleção e avaliação dos trabalhos científicos submetidos ao processo editorial é uma virtude que merece ser enaltecida.

Por fim, mais esse passo determinado no processo de reinvenção da nossa *Resenha* não seria possível sem o trabalho abnegado e incansável dos Editores-Executivos Isabella Bertoncini, Ayrton Belarmino de Mendonça Moraes Teixeira, Vitor Guilherme Lübke e Edmar Sá e do responsável pelo projeto gráfico e pela diagramação, Rodrigo Camargo Piva.

A todos, desejamos uma excelente leitura!

Luiz Magno Pinto Bastos Junior
Editor-Chefe da Revista *Resenha Eleitoral*



PRIMEIRA SEÇÃO

**RESENHA
CIENTÍFICA**

DEMANDAS ELEITORAIS: ESTABILIZAÇÃO, FATOS NOVOS E DECADÊNCIA

Electoral demands: stabilization, new facts and decay term

Luiz Fernando Casagrande Pereira

Resumo: O Direito Eleitoral, no mundo inteiro, tem prazos decadenciais rígidos para a propositura das ações eleitorais, assim como está na Constituição brasileira (art. 14, § 10^º). Trata-se de pressuposto elementar da estabilidade jurídica do mandato. Estes prazos decadenciais não podem ser subvertidos a partir da extemporânea ampliação objetiva de demandas eleitorais em trâmite. Noutras palavras, fatos novos (novas causas de pedir) não autorizam novas ações fora do prazo decadencial e, pelas mesmas razões, não podem ser incluídos em ações em curso.

Palavras-chave: Ações eleitorais. Fatos novos. Prazos de decadência. Estabilidade de mandatos.

Abstract: All over the world, the electoral law has very short expiring deadlines for the proposition of electoral actions, as it can be observed in the Brazilian Constitution (art. 14, § 10^º). This is a basic assumption of the legal stability of political mandates. These expiring deadlines cannot be overturned by the untimely objective growth of ongoing electoral demands. In other words: new facts (new requests) do not authorize new actions after the expiring deadline and, for the same reasons, cannot be included in ongoing actions.

Keywords: Electoral demands. New facts. Decay term. Stabilization of the mandates.

1 Ações eleitorais e prazos decadenciais. Estabilidade da democracia. A clara opção do constituinte, alinhada ao direito comparado

A Constituição estabeleceu um limite rígido para a sindicabilidade judicial dos mandatos eletivos: 15 dias depois da diplomação (art. 14, § 10^o). A lei e a jurisprudência (inspirada sempre no prazo limite da Constituição) também definiram prazos decadenciais curtos para: a ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), art. 22 da Lei nº 64/1990; o recurso contra expedição de diploma (RCED), art. 262 do Código Eleitoral; e as representações eleitorais da Lei nº 9.504/1997. Sempre há curtos e rígidos prazos decadenciais por disposições legais ou construção jurisprudencial (à luz do próprio limite da CF). Prazos exíguos para a propositura de ações eleitorais estão previstos na legislação brasileira desde o Código Eleitoral de 1932 (Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932).

Como fundamenta a doutrina, “a fixação de um determinado lapso temporal dentro do qual poderá o legitimado infirmar a vontade popular é imperativo de ordem pública, imprescindível à paz social” (GARCIA, 2000, p. 188-191). O vetor que orienta a disposição de prazos decadenciais exíguos, reconhece a doutrina portuguesa, é “a própria segurança do estado de Direito Representativo e Democrático” (AMADO, 1994).

A opção do constituinte brasileiro foi objeto de lúcida ponderação. A ideia original do Projeto de Constituição da Comissão de Notáveis previa um prazo de até seis meses, a partir da diplomação, para se impugnar um mandato. Durante os debates foi cogitado até mesmo o prazo decadencial de dois anos para a ação judicial desconstitutiva de mandato (SANTOS, 1998). Ao final, restou prestigiada a segurança jurídica dos mandatos – importante para a estabilidade da democracia –, com a definição do curto prazo de 15 dias para a AIME (a orientar todos os demais prazos decadenciais para as ações de cassação).

A Constituição brasileira, portanto, fez uma nítida opção por um exíguo prazo limite para impugnar mandatos eletivos. A opção brasileira – e os motivos dessa opção – amparam-se em um consenso da legislação comparada: a democracia não convive bem com a instabilidade dos mandatos. E a instabilidade está, sobretudo, em prazos excessivamente longos para o controle de legitimidade (judicial ou administrativo) das eleições.

Em relação à América Latina, a orientação é sempre por prazos curtos e pelos mesmos fundamentos. Como está para um eleitoralista latino-americano, a decadência protege o interesse geral em uma certificação rápida do processo eleitoral (ESPINOSA apud HERNÁNDEZ, 2010). Na Colômbia, os prazos decadenciais estão fixados em até 20 dias depois do resultado (SERRANO, 2014), e a doutrina os considera compatíveis com a Constituição (citando precedentes da Corte Constitucional) porque o processo eleitoral não pode ficar incerto indefinidamente, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica (importante para eleitores e eleitos – para democracia, enfim)¹. É decisivo entregar celeremente a certeza da legitimidade para os eleitos (MESSINEO, 1971).

Ainda na América Latina, os mexicanos condicionam a impugnação em matéria eleitoral à apresentação em até quatro dias do resultado². Já a doutrina argentina, ao tratar dos meios de impugnação de mandato, destaca a existência de prazos “exíguos, improrrogáveis e essencialmente preclusivos” (PÉREZ CORTI, 2009). A Costa Rica, por sua vez, limita em três dias o prazo para impugnar resultados (MÉXICO, 2006). Os uruguaios tinham prazos mais amplos, mas reformaram a legislação para estipular em três dias o termo final para impugnar a eleição (URUGUAY, 1999). A verdade é que, em toda a América Latina, tal processo é semelhante (OROZCO apud NOHLEN et al., 2007).

Os exemplos colhidos na Europa não são diferentes. Os portugueses reconhecem a necessidade de “tornar pacífica a atribuição do mandato ao seu titular o mais rápido possível”. Por essa razão, “as irregularidades não questionadas no momento oportuno deixam de ser passíveis de apreciação e julgamento” (PERREIRA, 2008). A situação política não pode ficar em um limbo, anota a autora portuguesa (AMADO, 1994). Na

¹ LUIS, Díez-Picazo. La prescripción em el código civil. Barcelona: Bosh Casa Editorial, p. 55-57. In: ESPINOSA, Armando Cruz. Aspectos básicos del proceso electoral. In: HERNÁNDEZ, Eduardo de Jesús Castellanos (org). **Temas de derecho procesal electoral**. México: Segob, 2010, p. 180.

² Artículo 8: 1. Los medios de impugnación previstos en esta ley deberán presentarse dentro de los cuatro días contados a partir del día siguiente a aquél en que se tenga conocimiento del acto o resolución impugnado, o se hubiese notificado de conformidad con la ley aplicable, salvo las excepciones previstas expresamente en el presente ordenamiento.

Alemanha, o prazo limite é de 30 dias. Os espanhóis consideram acatado o resultado se não houver o imediato questionamento deste³.

Em estudo realizado pela Comissão Eleitoral do Reino Unido, foram levantados diversos dados acerca do prazo para contestar o resultado das eleições em alguns países da Europa (UNITED KINGDOM, 2012). Especificamente no Reino Unido (berço do controle jurisdicional), as petições devem ser apresentadas em até 28 dias após o resultado das eleições para apurar práticas eleitorais corruptas. Em todo o continente, os prazos são curtíssimos: três dias em países como Estônia, Letônia, Malta e Suíça; 10 dias em França, Suécia, República Checa e Eslováquia; 25 dias na Grécia; 28 na Áustria; até um mês na Bulgária e em Chipre; dois meses na Alemanha (EUROPEAN..., 2009). A legislação eleitoral italiana, por fim, prevê 30 dias como limite para impugnar mandatos (DÍAZ VÁSQUEZ, 1993).

A própria Comissão Europeia para a Democracia Através do Direito (Comissão de Veneza) já consignou que os prazos devem ser exíguos para não dificultar o funcionamento da democracia (EUROPEAN..., 2009).

A opção brasileira, portanto, está devidamente orientada pela mesma racionalidade dos sistemas de controle de legitimidade eleitoral do direito comparado. Todos os autores que escreveram sobre o tema reconhecem que o vetor principal de prazos decadenciais exíguos é a estabilidade da democracia⁴. O prazo decadencial, enfim, inspira-se em um “postulado de segurança jurídica, de normalidade e de harmonia das instituições” (BARBOSA, 1992).

Transpor (ainda que por via oblíqua) um prazo decadencial viola a Constituição Federal e a própria racionalidade subjacente: a estabilidade da democracia.

³ “La falta de reclamación oportuna ‘es tanto como aquietar-se o consentir la decisión adoptada, por lo que se priva al disidente con tal decisión de poder acudir posteriormente al recurso contencioso electoral’ [...] la no interposición del recurso electoral ‘supone un acatamiento total al recultado consagrado com tal proclamación’”. In: DELGADO, Manuel Gil. Las garantías del derecho electoral. *Revista de las Cortes Generales*, n. 7, p. 109, 1990.

⁴ BARBOSA, Edmilson. **Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo (AIME)**. p. 9. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2008/10/acao-de-impugnacao-ao-mandato-eletivo.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017; MENDES, Antonio Carlos. **Introdução à teoria das inelegibilidades**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 154-155; SILVA, Daniel Monteiro. **Ação de impugnação de mandato eletivo: análise constitucional e novas perspectivas**. 185 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal: 2010. p. 137; FICHTNER, José Antônio. **Impugnação de mandato eletivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 81; GARCIA, Emerson. **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 188-191.

2 A regra de estabilização da demanda no Direito Eleitoral. Fatos essenciais a compor a causa de pedir. Impossibilidade de julgamento extra petita

De forma sinóptica, considerando o NCPC, doutrina e jurisprudência majoritárias (inclusive do TSE), a parte tem a faculdade de alterar a causa de pedir e o pedido (NCPC, art. 319, inc. III). Nesse caso, o NCPC (tal como o CPC) delimita prazos: (i) até a citação (NCPC, art. 231 c/c art. 329, inc. I) — porque ainda não conformada a relação processual —, poderá existir modificação do pedido ou da causa de pedir, sem necessidade do consentimento da outra parte; (ii) após a citação (NCPC, art. 231 e art. 329, inc. II) — já conformada a relação processual —, apenas com a anuência (comissiva ou omissiva) do réu. Depois do saneamento, nem mesmo com o consentimento da outra parte. Fora disso, já definidos os contornos objetivos da demanda, há regras em torno dos fatos supervenientes e/ou de conhecimento superveniente (NCPC, art. 493). Necessário entender as hipóteses possíveis para a inclusão de fatos novos.

Importante, antes disso, ter em consideração que nenhuma demanda eleitoral pode ser proposta sem o ínsito preenchimento do suporte fático. Não se propõe uma demanda eleitoral com narrativa fática vazia ou lacônica, apenas enunciando a categorização jurídica (art. 30-A; abuso, etc.). Não podem ser admitidas alegações genéricas (AMBRIZI, 2014). A inicial não pode se fundar apenas na moldura do fato (dinheiro de “caixa dois”), mas em um fato que aceite (em tese) a subsunção a “caixa dois” (art. 30-A). Não se admite uma substanciação extemporânea; uma ação eleitoral em branco, no prazo decadencial, para depois ser preenchida (substanciada) em um aleatório porvir, sem prazo para ser revelado.

É imprescindível “a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda” (VIANA apud CRUZ E TUCCI; BEDAQUE, 2002). A causa de pedir pressupõe uma delimitação exata do fato. Trata-se de exigência mínima da petição inicial (art. 319, II, NCPC). Devem ser indicados, enfim, todos os elementos da causa de pedir remota. Assim a demanda eleitoral se estabiliza.

Importante ter em conta que “a matéria da estabilização da demanda guarda forte relação com o tema da *causa petendi*” (PINTO, 2007). Como está para a melhor doutrina “qualquer tentativa de modificação do núcleo fático em que se funda a demanda, corresponde ao inválido exercí-

cio ex novo de um poder de ação diverso daquele verificado na instauração do processo” (CRUZ E TUCCI, 2009). A partir da leitura predominante da regra de estabilização da demanda, está desautorizada a modificação do núcleo fático das demandas eleitorais, especialmente em matéria de cassação.

Não se trata – merece nota – de uma simples reverência fetichista ao formalismo. O respeito à estabilização da demanda liga-se a dois vetores do processo civil: garantia do contraditório e da celeridade (tão cara ao direito processual eleitoral). E, no Direito Eleitoral, tem ainda a necessidade de respeitar o prazo decadencial. A eventual metamorfose de objeto fulmina o contraditório, compromete a celeridade e subverte o prazo decadencial. Antes disso, é regra expressa do NCPC (art. 329, II) e orientação do TSE. A norma cogente determina a imutabilidade do objeto.

Toda a jurisprudência, inclusive a eleitoral, rejeita o julgamento fora dos limites delineados na inicial: o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte. Desse modo, é vedado ao magistrado decidir com base em fatos não constantes da petição inicial. (Recurso Especial Eleitoral nº 428765026, Rel. Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, 10/03/2014).

Desprezar o argumento é dar ensejo a um nítido vício de extra-petição. A sentença *extra petita* é flagrada por ultrapassar, indistintamente, o pedido ou a causa de pedir (VIEIRA, 2012)⁵. Enfim, admitir o julgamento a partir de causas de pedir tardiamente reveladas de ofício, é decidir *extra petita*, eivando de nulidade a decisão (WAMBIER, 1996. Se a causa de pedir é distinta, distinto é o pedido (a causa de pedir conforma o pedido) (DIDIER, 2012)⁶. Todas essas questões relacionadas à estabilização da demanda ganham mais atenção no direito eleitoral quando conjugadas aos prazos decadenciais rígidos.

⁵ Também poderá ser *extra petita* em relação à causa de pedir, contemplando fato diverso daquele que compôs a *causa petendi* remota. Nessa hipótese, o julgamento de situação fática diversa da narrada na inicial fatalmente implicará em julgamento de pedido diferente, já que o pedido decorre da causa de pedir.

⁶ Fredie Didier explica que, se a causa de pedir é distinta, distinto também é o pedido que se deduz a partir desta causa de pedir: “Não se pode considerar igual aquilo que é diferente (princípio lógico da não contradição): se os atos impugnados são distintos, distintos também são os pedidos”.

3 A admissão de fatos novos (art. 493, NCPC) não pode deformar ou reconfigurar o objeto original. A instrução não é instrumento de mutação do objeto. Apenas os fatos simples – jamais os essenciais – podem ser admitidos

O art. 493 autoriza tomar em consideração fatos novos (supervenientes ou de conhecimento superveniente)⁷ que possam influir no julgamento. O dispositivo, no entanto, não derroga a regra da estabilização da demanda. Cassio Scarpinella Bueno explica a compatibilidade do dispositivo com a regra de estabilização: “[...] são apenas os fatos simples, isto é, que não têm aptidão de alterar a causa de pedir, mas, apenas e tão somente, de prová-la, confirmá-la e delimitá-la” (SCARPINELLA BUENO apud MARCATO, 2004)⁸. Não se admite “fato novo estranho à *causa petendi* e que constitua fundamento suficiente para nova demanda”. É assim também para o STJ⁹.

Os fatos simples apenas “se prestam a precisar, descrever ou comprovar” os fatos essenciais que já compunham a causa de pedir deduzida ao início (SCARPINELLA BUENO apud MARCATO, 2004). Os fatos novos de conhecimento superveniente são fatos constitutivos que fundamentariam uma pretensão autônoma de cassação (DEGENSZAJN, 2010)¹⁰. São fatos jurídicos: fatos principais; fatos-título; fatos essenciais (AMBRIZI, 2014). Tais fatos alteram a causa de pedir e, por isso, é inadmissível a inclusão tardia por violação da regra de estabilização da demanda.

Na linha do STJ – como está no precedente do Ministro FUX citado adiante –, assim também entendeu o Regional Eleitoral de São Paulo,

⁷ Fatos supervenientes ou de conhecimento superveniente têm a consequência.

⁸ Para conferir a lista de autores com esta posição: CUNHA, Leonardo Carneiro da. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Editora RT, 2015. p. 1.246. Em sentido oposto, admitindo a alteração, LEONEL, Ricardo Barros. **Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**. São Paulo: Método, 2006. p. 259-263.

⁹ “O fato superveniente a ser considerado pelo julgador deve guardar pertinência com a causa de pedir e pedido constantes na inicial, não servindo de fundamento para alterar os limites da demanda fixados após a estabilização da lide” (AgInt no REsp 1169783/GO, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, 20/10/2016).

¹⁰ Sobre a diferença entre fatos simples e essenciais, VESCOVI, Enrique. La modificación de la demanda. **Revista de Processo**, v. 8, n. 30, p. 206-2012, abr./jun., 1986.

aqui em acórdão de um dos mais conceituados processualistas brasileiros, ex-Juiz do TRE-SP, Flávio YARSHELL: “Os fatos supervenientes, em que pesem devam ser levados em conta por ocasião de julgamento, não podem implicar alteração da causa de pedir [...] para que sejam observados também o contraditório e a regra da estabilização da demanda”¹¹.

No acórdão, o Relator, Flávio Yarshell, recusa-se incluir na causa fatos não contidos no objeto original, com a seguinte fundamentação: “não se trata simplesmente de prova dos fatos alegados na representação, mas de elementos indicativos de outros fatos – quiçá constitutivos de outra pretensão”. E complementa: “é cediço que fatos supervenientes, conquanto devam ser levados em conta por ocasião do julgamento (CPC, art. 462), não podem implicar em alteração da causa de pedir”, especialmente, concluiu, para a “preservação da regra de estabilização da demanda”¹².

No precedente do Ministro Luiz Fux, hoje, também no TSE, reitera-se: “A superveniência de fato ou direito que possa influir no julgamento da lide deve ser considerada pelo julgador, desde que não importe em alteração do pedido ou da causa de pedir”¹³. Agora é pertinente avaliar o tema da decadência.

4 A flexibilização da regra de estabilização, minoritária em doutrina e jurisprudência, é incogitável no direito eleitoral em atenção à rigidez do prazo decadencial

Atualmente, é verdade, há uma corrente minoritária que reconhece a necessidade de certa mitigação da imutabilidade dos elementos subjetivos e objetivos da demanda. Para essa parcela da doutrina “pode ocorrer que, em determinadas situações, sobretudo no momento da produção da prova, surja um fato novo, que conduza à mesma consequência jurídica pretendida pelo demandante” (CRUZ E TUCCI, 2009). Nesses casos, ex-

¹¹ TRE-SP, RC nº 26851, Rel. Flávio Luiz Yarshell, julgado em 31/07/2008.

¹² A doutrina é unânime: “é aquele estreitamente vinculado à lide posta à apreciação, levando em conta a causa de pedir já deduzida, não podendo, por conseguinte, ser considerado para a decisão da lide fato novo estranho à causa petendi e que constitua fundamento suficiente para nova demanda” (PORTO, ANO, p. 127). Cf. ainda: PINTO JUNIOR (2014). Também no mesmo sentido: COSTA (2002); DINAMARCO (2004, p. 283-284).

¹³ STJ. AgRg no REsp 1.116.836/MG, 1.ª T., j. 05.10.2010, rel. Min. Luiz Fux, DJe18.10.2010.

cepcionalmente, admitir-se-ia esta ampliação tardia dos elementos objetivos da demanda, desde que assegurado o contraditório¹⁴.

O tópico antecedente revelou que se trata de corrente minoritária em doutrina e sem amparo na orientação da jurisprudência. O STJ e o TSE, em inúmeros precedentes, não admitem a mutação tardia do objeto litigioso.

E, a se admitir a chamada flexibilização da regra de estabilização da demanda, especificamente em Direito Eleitoral, as ampliações subjetiva e objetiva da demanda encontrarão um limite nítido e intransponível: o prazo decadencial, tão caro à estabilidade da democracia, aqui no Brasil e nos regimes democráticos do mundo inteiro. É dizer: a ampliação não poderia ocorrer se já esgotado o prazo decadencial.

A flexibilização nada mais é do que a permissão de alteração do núcleo fático por uma técnica de economia processual, evitando a propositura de uma nova demanda autônoma (BEDAQUE, 2006). Se fatos novos, por exemplo, forem sido colhidos no ambiente de uma AIJE já estabilizada, negada a flexibilização, os autores poderiam propor outra demanda, que seria reunida por conexão à preexistente (novo art. 96-B da Lei Eleitoral).

Por isso há certa inocuidade no debate em torno da ampliação. Rejeitar a ampliação tardia do objeto sempre se resolve na propositura de ação conexa, com a reunião dos processos. Trata-se do mesmo raciocínio que conduz à admissão de litisconsórcio ulterior com aditamento do pedido. Nos dois casos, alcança-se a ampliação (objetiva e subjetiva) por via transversa¹⁵.

A decadência, no entanto, é um limite insuperável.

Muitas vezes, os fatos novos surgem quando há outra ação em curso, com objeto distinto. No entanto, se ações em curso não guardarem correspondência com os novos fatos essenciais revelados, estes não podem ser admitidos. A existência de uma ação “01” (causas de pedir “a. b. c”) não pode ser via transversa para a propositura de uma ação “02” (causa de pedir “d.e.f”) que já esteja fulminada pelo prazo decadencial. A ação “02” não pode ser enxertada na “01” para burlar o prazo decadencial.

É singelo, mas incontornável.

¹⁴ Sobre o tema, em especial, a monografia de LEONEL, op. cit., p. 242-250.

¹⁵ A ideia e o exemplo são de LEONEL, op. cit., p. 247-249.

Daniel Raichelis Degenszajn, autor de inovadora tese de Doutorado na USP sob a flexibilização da regra de estabilização (orientando de DINAMARCO), defende a possibilidade de introdução de causa de pedir nova, mas destaca o limite óbvio: “É claro que o pedido de introdução de causa nova deverá ser apresentado ainda dentro do prazo decadencial, sob pena de se considerar um prazo não querido pelo legislador” (DEGENSZAJN, 2010).

É precisamente por esta razão que o TSE, após o prazo decadencial próprio, não admite em nenhuma hipótese a ampliação subjetiva da demanda (inclusão de litisconsorte)¹⁶. E, se inadmissível a ampliação subjetiva, com mais razão não se pode acolher a ampliação objetiva depois de decorrido o prazo decadencial máximo (a ratio do precedente é perfeitamente aplicável nos dois sentidos).

É como julga também o Superior Tribunal de Justiça. Tanto quanto a AIME, o mandado de segurança tem prazo decadencial. Por essa razão, decorrido o prazo de 120 dias, o STJ não admite emenda à inicial do *mandamus*, com ampliação objetiva, “por implicar subversão do prazo decadencial”¹⁷. Mesma orientação no STJ para as rescisórias. Decorrido o prazo decadencial para propositura de rescisória, a ação não pode ser proposta contra novo réu, sendo impossível a regularização processual em tal momento¹⁸. Seria o mesmo que admitir nova inicial fora do prazo, reconhecem os tribunais¹⁹.

¹⁶ “Não merece guarida a argumentação de que não foi concedida oportunidade de promover a citação do litisconsorte, nos termos do parágrafo único do art. 47 do CPC, porquanto tal providência seria inviável nesta via processual, pois já escoado o prazo decadencial para a propositura da demanda”. (TSE. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 145082, Rel. Min. GILMAR MENDES, 05/03/2015). A doutrina também aponta o óbice da decadência para a ampliação: “A não constituição do litisconsórcio passivo necessário no prazo legal faz com que se opere a decadência do direito, impondo-se a extinção do processo” (GOMES, 2016, p. 800). No mesmo sentido: FICHTNER (1998, p. 83); NIESS (2000, p. 294); e ALVIM (2011).

¹⁷ STJ. EDcl no MS 13.825/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 05/03/2009.

¹⁸ STJ. REsp 863.890/SC. Rel. Ministra Nancy Andrigli, j. 28/02/2011.

¹⁹ “Revela manifesta burla ao regime processual da ação rescisória a apresentação de aditamento da inicial da ação rescisória, quando já ultimado o prazo decadencial, no qual, a título de aditamento, é alterada toda a substância da causa de pedir outrora deduzida. Caso seja tomado esse aditamento como parte integrante da inicial, estar-se-á a admitir nova petição inicial oferecida quando já transcorrido o prazo decadencial, o que não é possível”

Ações em curso, enfim, não podem ser veículo disponível a abrigar fatos novos ou fatos de conhecimento superveniente que não poderiam amparar extemporânea ação autônoma. Na linguagem do STJ, não se pode subverter o prazo decadencial. Em Direito Eleitoral, essa vedação tem especial significado: a estabilidade da democracia.

5 A livre apreciação dos fatos não derroga o princípio dispositivo e muito menos o prazo decadencial. A instrução de ofício também não pode conformar novas demandas

É importante advertir que o art. 23 da LC nº 64/1990 não altera em nada o raciocínio desenvolvido até aqui. Inicialmente porque o dispositivo não derroga a regra de estabilização da demanda. O maior protagonismo para o juiz eleitoral participar da formação da prova não autoriza a introdução, de ofício, de novas causas de pedir²⁰. E, se estivesse autorizada esta ampliação de ofício, evidentemente o prazo decadencial seguiria sendo um óbice intransponível à admissão dos noticiados novos fatos.

Enfim, o controvertido art. 23, incompatível com o NCPC para muitos (a ADI no STF foi julgada à luz do CPC/1973), no máximo, diz apenas com certo ativismo probatório²¹. No entanto, este ativismo probatório desautoriza um garimpo por novas causas de pedir não deduzidas na demanda, como reconhece a jurisprudência eleitoral²².

(TJ-DF - AGR1: 20140020054649 DF 0005495-68.2014.8.07.0000, Rel.: Simone Lucindo, 1ª Câmara Cível, 23/04/2014).

²⁰ “A jurisdição não é uma atividade espontânea, mas provocada (*nemo iudex sine actore*), e, pela mesma razão de ser incoada por iniciativa do interessado, como uma atividade devida pelo Estado-juiz, é que ela deverá ser prestada de acordo e na medida em que foi pedida, efetuando-se precisamente sobre aquele direito afirmado, e não de outro”. (COSTA, 2002).

²¹ GOMES (2012, p. 58-59). Sobre a crítica doutrinária ao art. 23, vale conferir SALGADO; VALIATI; BENARDELLI (apud TAVARES et al., 2016, p. 355-357).

²² “A estabilização da demanda não pode estar condicionada a uma atuação do juiz no sentido de ‘garimpar’ possíveis irregularidades eventualmente existentes em uma mídia junta da aos autos, sob pena de se substituir à parte autora e, por conseguinte, incidir em afronta ao princípio dispositivo” (TRE-PB. Representação nº 2069, Rel. Tercio Chaves de Moura, 22/01/2016). Noutra precedente, já estabilizada uma AIME, o MPE requereu a juntada de um parecer do Tribunal de Contas e o tratou como fato essencial que ampliaria o rol de causas de pedir da demanda (inicialmente com objeto mais restrito). O D. Juiz mandou excluir do *thema decidendum* o novo fato essencial, alegando a estabilização da demanda. O MPE insurgiu com a impetração de mandado de segurança, rejeitado pelo precedente com

No julgamento da ADI em torno do art. 23 (ADI 1.082/DF), o voto do Ministro Luiz FUX esclarece o óbvio: os fatos cognoscíveis de ofício pelo Juiz Eleitoral são apenas os fatos revelados pela instrução que se relacionem com a causa de pedir já posta e exposta (e posta e exposta no prazo decadencial, parece inevitável concluir). Supor o contrário é imaginar que o controvertido art. 23 da LC nº 64/1990 autorizasse o magistrado a inaugurar demanda nova e, o que é mais inusitado juridicamente, fora do prazo decadencial.

Os fatos cognoscíveis de ofício são apenas os fatos simples, contíguos, instrumentais à formação da convicção necessária a julgar a demanda conformada pelas partes²³. Tanto é assim que o TSE, depois do julgamento da ADI pelo Supremo que confirmou a constitucionalidade do art. 23 da LC/64, seguiu reafirmando, não por acaso, a validade da regra de estabilização da demanda. Todos os acórdãos do TSE estão no mesmo sentido:

A Corte Regional, ao condenar os recorrentes a partir de fato não alegado na inicial – extrapolação de gastos com publicidade institucional no ano do pleito – incorreu em julgamento *extra petita*, violan-

a seguinte fundamentação: “1. A decisão judicial está adstrita, não só ao pedido formulado na exordial, mas também à causa de pedir, que, segundo a teoria da substanciação, adotada pela legislação processual, é delimitada pelos fatos narrados na preambular. 2. Impossibilidade de ampliação da causa de pedir em momento posterior à contestação”. (TRE-PE, MS nº 348227, Rel. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, 22/10/2010).

²³ É como está na melhor doutrina: “É certo que o art. 23 da LC 64/90, em nome da lisura e da normalidade do processo eleitoral, faz um convite irrecusável ao magistrado de imersão total na realidade social. Tal convite não pode ser tido, a toda evidência, como atribuição de poderes instrutórios amplos e vastos aos órgãos jurisdicionais da Justiça Eleitoral, que poderiam investigar e apurar fatos estranhos ao conteúdo da petição inicial. O que o art. 23 da LC 64/90 determina, em benefício da lisura e normalidade dos prélios eleitorais, é que o magistrado não despreze, ao formar seu convencimento, nenhum fato secundário que possa ser indicativo da prática (ou da não prática) dos atos ilícitos narrados na petição inicial”. (ANDRADE, 2012, p. 74). Adriano Soares da Costa também afirma que “se ao juiz é dado fundar sua decisão em fatos não alegados pelas partes, não se segue daí que sejam eles totalmente estranhos aos deduzidos na AIJE, pois não se pode deslembra que esse remédio jurídico não tem por escopo a investigação livre de todo o prélio eleitoral, senão que apenas busca imputar a inelegibilidade cominada aos candidatos que agirem ilícitamente, ou forem beneficiados por alguma atividade dolosa. [...] Assim, adotando o legislador o princípio inquisitório extremado, deve-se compatibilizá-lo com a CF/1988, de modo a que o juiz, limitado pelo pedido da causa, apenas possa ir em busca de fatos e provas outros, contíguos aos já deduzidos, nada obstante como o direito assegurado às partes de acesso à prova produzida pelo juiz, antes que ele profira qualquer julgamento.” (COSTA, 2013, p. 385).

do os arts. 128 e 460 do CPC (Recurso Especial Eleitoral nº 42512, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 25/08/2014).

O Tribunal Regional incorreu em julgamento *extra petita* ao condenar os recorrentes por fato não descrito na petição inicial, qual seja, a suposta captação ilícita do sufrágio da eleitora Fabiana Santana. [...] Recursos especiais parcialmente providos para afastar a condenação pela prática de captação ilícita de sufrágio [...] (Recurso Especial Eleitoral nº 3504, Rel. designado Min. GILMAR FERREIRA MENDES, 02/08/2016).

No precedente do Ministro Gilmar (unânime, no ponto), do segundo semestre de 2016, havia alegação de compra de votos, com a indicação de inúmeros eleitores. A instrução, no entanto, acabou por revelar a captação ilícita do voto de outro eleitor – não citado na inicial. É dizer: a narrativa da inicial não descrevia o fato essencial da compra de votos daquele determinado eleitor. Ou ainda: a captação que irrompeu da instrução não estava contida no episódio da vida inicialmente ventilado (PINTO, 2007). Por esse motivo não foi admitido pelo TSE, reconhecendo-se violação ao princípio da congruência.

Mesmo à luz de uma visão ampliada do alcance do art. 23, a instrução “deve servir, notadamente, para dar supedâneo, ou não, aos fatos e fundamentos jurídicos alegados e delimitados pelo autor, jamais a alterar a causa de pedir” (AMBRIZI, 2014). Toda a jurisprudência eleitoral confirma o respeito à regra da estabilização²⁴.

²⁴ “1. A decisão judicial está adstrita, não só ao pedido formulado na exordial, mas também à causa de pedir, que, segundo a teoria da substanciação, adotada pela legislação processual, é delimitada pelos fatos narrados na preambular. 2. Impossibilidade de ampliação da causa de pedir em momento posterior à contestação”. (TRE-PE. Mandado de Segurança nº 348227, Acórdão de 18/10/2010, Relator: Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, Publicação: DJE, Tomo 119, Data 22/10/2010, Página 7). “2. O julgamento da lide fora dos limites em que foi proposta - sentença *extra petita* - afronta os artigos 128, caput e 460, caput, do Código de Processo Civil, e contraria o princípio da congruência ou adstrição, o qual limita a atuação do juiz aos fatos expostos na petição inicial”. (TRE-GO. Agravo Regimental em Recurso nº 71262, Rel.: Walter Carlos Lemes, Publicação: DJ, Volume 1, Tomo 001, Data 07/01/2014, Página 3/4). “1. A parte se defende dos fatos e não da capitulação jurídica do ato que lhe é atribuído, mas se defende dos fatos descritos na peça vestibular, não podendo ser aplicado o princípio da substanciação para introduzir ilícito não descrito na inicial, já que não se pode modificar, posteriormente, a causa de pedir, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e contraditório”. (TRE-PA. Recurso Eleitoral nº 53641, Rel.: Raimundo Holanda Reis, DJe, Tomo 106, Data 17/06/2014, Página 04).

Referências

- ALVIM, Frederico Franco. **O litisconsórcio necessário nas ações eleitorais impugnativas**. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19249/o-litisconsorcio-necessario-nas-acoes-eleitorais-impugnativas>>. Acesso em: 29 mar. 2017.
- AMADO, Maria Elisa Padre Ataíde Ribeiro. **O contencioso eleitoral no direito constitucional português**. Trabalho apresentado à Comissão Nacional de Eleições. Lisboa, 1994.
- AMBRIZI, Tiago Ravazzi. Fatos principais, fatos simples e fatos supervenientes. **Revista de Processo**, v. 39, n. 238, p. 99-126, dez. 2014.
- ANDRADE, Marcelo Santiago de Pádua. **Ação de impugnação de mandato eletivo**. São Paulo: Manole, 2012.
- BARBOSA, Edmilson. **Ação de impugnação ao mandato eletivo (AIME)**. 2008, p. 9. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2008/10/acao-de-impugnacao-ao-mandato-eletivo.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.
- BARBOSA, Marcos Elias de Freitas. Anotações sobre a ação de impugnação de mandato eletivo. **Revista de Processo**, v. 17, n. 68. p. 105-110, out./dez. 1992.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. **Instituições de direito eleitoral**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- COSTA, José Rubens. Fato superveniente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 796, fev. 2002.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.246.
- DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. **Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa petendi**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

- DELGADO, Miguel S. Gil. Las garantías del derecho electoral. **Revista de las Cortes Generales**, n. 20, p. 109, 1990.
- DÍAZ VÁSQUEZ, José Luis. Estructura política, procesos electorales y el contencioso electoral en Italia. **Revista Electoral**, México, v. II, n. 2, 1993, p. 2. Disponível em: <<https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1993-01-002-078.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- DIDIER, Fredie. **Parecer: ações concorrentes [...]**. 2012. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/parecer-conexao-preliminaridade.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- ESPINOSA, Armando Cruz. Aspectos básicos del proceso electoral. In: HERNÁNDEZ, Eduardo de Jesús Castellanos (org). **Temas de derecho procesal electoral**. México: Segob, 2010, p. 180.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission). **Report on the cancellation of election result**. Strasbourg, dez. 2009. p. 10. Disponível em: <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2009\)054-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2009)054-e)>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- FICHTNER, José Antônio. **Impugnação de mandato eletivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- GARCIA, Emerson. **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- LEONEL, Ricardo Barros. **Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**. São Paulo: Método, 2006.
- MENDES, Antonio Carlos. **Introdução à teoria das inelegibilidades**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, edición a cargo de Santiago Sentís Melendo, Tomo II, Doctrinas Generales, 1971.

MÉXICO. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. **El contencioso y la jurisprudencia electorales en derecho comparado**: un estudio sobre veintiún países de América y Europa. México, 2006, p. 129. Disponível em: <<http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/contencioso.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos**. Bauru: Edipro, 2000.

OROZCO, Jesús. El contencioso electoral, la calificación electoral. In: NOHLEN, Dieter; OROZCO Jesús; THOMPSON José; ZOVATTO, Daniel (comps). **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidad de Heidelberg, International IDEA, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral, 2007. p. 1.262-1.263.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições. **Lumen Juris**, 2008, p. 74-75.

PÉREZ CORTI, José María. **Derecho electoral argentino**. 1. ed. Córdoba: Advocatus, 2009. p. 8. Disponível em: <http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/Postgrados/UNSAM_Escuela_de_Politica_y_Gobierno/Unidades_Perez_Corti/U9_Derecho_Procesal_Electoral_UNSAM_20100918.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO JUNIOR, Amaury Rodrigues. A estabilização da demanda e o direito superveniente. **Revista de Processo**, v. 39, n. 227, p. 87-103, jan. 2014.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2000.

SALGADO, Eneida Desiree; VALIATI, Thiago Priess; BENARDELLI, Paula. O livre convencimento do juiz eleitoral versus fundamentação analítica exigida pelo novo Código de Processo Civil. In: TAVARES, André Ramos et al (Coord.). **O direito eleitoral e o novo código de processo civil**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 355-357.

SANTOS, Antônio Augusto Mayer dos. Da ação de impugnação de mandato eletivo: histórico evolutivo e síntese procedimental. **Revista Paraná Eleitoral**, n. 28, 1998. p. 5. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n028-1998-antonio-augusto-mayer-dos-santos>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.422.

SERRANO, María Camila García. **Acción de nulidad electoral: principio democrático vs. derechos del elegido**. Disertación (Magister en Derecho) – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014.

SILVA, Daniel Monteiro. **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo: análise constitucional e novas perspectivas**. 185 f. Dissertação Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal: 2010.

UNITED KINGDOM. **The electoral comission**. challenging elections in the UK. set. 2012. Disponível em: <http://www.electoralcommission.org.uk/__data/assets/pdf_file/0010/150499/Challenging-elections-in-the-UK.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.

URUGUAY. **Ley de elecciones**. Ley nº 7.812, del 16 de enero de 1925, modificada por Ley nº 17.113, de 9 de junio de 1999.

VESCOVI, Enrique. La modificación de la demanda. **Revista de Processo**, v. 8, n. 30, p. 206-212, abr./jun., 1986.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. A causa de pedir nas ações de execução. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97.

VIEIRA, Luíta Maria Ourém Sabóia. O princípio da correlação aplicado ao processo civil e ao processo penal. **Revista de Processo**, v. 37, n. 211, p. 391-415, set. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo, DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 1.246.

Luiz Fernando Casagrande Pereira - Mestre e Doutor em Direito pela UFPR (processo civil). Autor de diversos livros e artigos publicados nas áreas de processo civil e eleitoral. Professor e palestrante de inúmeras instituições nas áreas de concentração. Coordenador da pós-graduação de Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Presidiu o V Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral – Curitiba, 2016.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS NULIDADES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

The due process of law and the nullity in the new Code of Civil Procedure

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Resumo: O tema das nulidades processuais (ou “invalidades processuais”, como alguns preferem), em tempos de excesso de processos em tramitação no Poder Judiciário e escassez de recursos materiais para fazer frente a tal demanda, aliado à natural e crescente complexidade das relações jurídicas, tem se mostrado como um dos mais instigantes nos últimos anos. A par da reconhecida dificuldade no seu enfrentamento, expressivos doutrinadores nacionais tem lançado uma série de ideias, as quais foram claramente adotadas pelo novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), o que justifica a reconstrução do pensamento de tais autores e os mecanismos oferecidos pelo legislador atual para o seu enfrentamento.

Palavras-chave: Devido processo legal. Processo civil. Nulidades processuais.

Abstract: The subject of procedural nullities (or “procedural irregularities”, as some prefer), in a period of excess of processes pending in the judicial branch and shortage of material resources to cope with such demand, combined with increasing complexity of legal relations, has been one of the most instigating subjects in recent years. Aware of the recognized difficulty in coping with procedural nullities, expressive Brazilian scholars have released a number of ideas that were clearly adopted by the new Code of Civil Procedure (Law no. 13105, 16 March 2015), justifying the reconstruction of thinking of such authors and the mechanisms offered by the current legislators for solving them.

Keywords: Due process. Civil procedure. Procedural nullities.

1 Introdução

De início, é importante destacar as palavras do Prof. Egas Dirceu Muniz de Aragão, quando diz que “É este um dos mais árdios capítulos do Código. Tanto faz que seja encarado por um ou por outro de seus ângulos, as dificuldades são grandes e pouco variam. Complexo tanto para o legislador, que tem que elaborá-lo, quanto para o magistrado, que tem que aplicá-lo. Também é penoso igualmente para uma das partes, que vê perdido o seu esforço, quanto para a outra, que poderá sofrer os efeitos de um ato indevido”. Mais adiante, completa: “Ninguém lhe atravessa os umbrais sem receios” (ARAGÃO, 2004).

Tais palavras bem refletem o sentimento de todos que se deparam com o trato das nulidades (ou invalidades) processuais, em especial, quando diante de uma situação concreta em determinado processo: ao se constatar a existência de um defeito na formação do ato, a primeira tentativa é de superação, mas – por vezes – isso se mostra impossível e o reconhecimento da falha se torna necessário, fazendo cair por terra tempo e dedicação, prolongando um litígio e retardando a tão desejada pacificação social, objetivo maior do processo e da atuação do Estado no exercício da função jurisdicional¹.

E é justamente essa inquietação, esse desconforto, que justifica tratar das nulidades processuais no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), já que a nova legislação – em que pese possa parecer, a uma primeira vista (apenas parecer), apresentar poucas alterações, justifica um olhar mais atento em relação a tema tão instigante e tão complexo.

Retroagindo no tempo, percebe-se que, no Código de Processo Civil de 1939, a matéria foi tratada de modo inovador em relação ao sistema anterior, que era o chamado Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, considerado – nas palavras de Pedro Miranda de Oliveira – o primeiro instituto processual puramente brasileiro (OLIVEIRA, 2016, p. 29). Naquele

¹ Tanto é assim que, no art. 12, NCPC, foi inserida regra com o objetivo de minimizar o atraso que porventura venha a ocorrer: “Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. § 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que: I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução”.

conjunto normativo, havia uma descrição das nulidades que poderiam contaminar o ato processual, o que foi abandonado no CPC de 1939 e também no CPC de 1973.

O CPC de 2015 segue a mesma linha, mas inova – apesar de alterar fundamentalmente questões gramaticais –, na medida em que abre espaço para uma participação mais efetiva e concreta das partes na condução do feito. A corresponsabilidade, vista a partir de institutos como o negócio jurídico processual com a flexibilização de regras procedimentais e ampliação do contraditório, faz com que as nulidades processuais passem a ser examinadas com uma perspectiva mais ampla e com foco na finalidade do processo, não perdendo de vista o respeito ao devido processo legal.

Eis a pretensão deste estudo: descrever as teses que foram construídas a partir dos nossos modelos legislativos até o sistema de enfrentamento das nulidades adotado no CPC de 2015, destacando suas particularidades e possibilidades no contexto da lógica atual do processo civil.

2 O devido processo legal e sua relação com as nulidades

Como bem recorda Cândido Rangel Dinamarco, “as exigências formais do processo não passam de técnicas destinadas a impedir abusos e conferir certeza aos litigantes” (DINAMARCO, 2009, p. 615), tudo como evidente manifestação da cláusula do devido processo legal, até porque as nulidades têm por consequência um desequilíbrio na relação processual. É a busca do processo justo, com a compreensão de que, a violação de regras formais poderá comprometer o resultado final.

Para explicar essa relação, por mais evidente que seja, pensamos ser adequado resgatar a lição de dois dos maiores pensadores da teoria do direito: Hans Kelsen e Luigi Ferrajoli.

O primeiro, em sua *Teoria Pura do Direito*, ao tratar do direito material e do direito formal, destaca o que chama de “conexão sistemática”, e assim a explica:

As normas gerais criadas por via legislativa (como leis ou decretos) ou por via consuetudinária devem ser aplicadas pelos órgãos para tal competentes, os tribunais e as autoridades administrativas. Estes órgãos aplicadores do Direito têm de ser determinados pela ordem jurídica, quer dizer: é necessário que se determine sob que condições

um determinado individuo funciona como juiz ou autoridade administrativa. É, porém, necessário determinar também o processo pelo qual deve ser exercida a sua função, isto é, a aplicação de normas gerais. (KELSEN, 1998, p. 256)

Há então uma dupla função da norma jurídica: de um lado determinar o processo a ser observado e, de outro, o conteúdo a ser aplicado na construção da “norma individual”. Demonstra que tais funções são inseparáveis.

Já Luigi Ferrajoli, em *Principia Juris*, apresenta-nos um raciocínio cujo ponto de partida é a distinção entre democracia formal e democracia substancial. Neste, a primeira cuida do “quem” e do “como”, ou seja, das formas e dos procedimentos idôneos para garantir que as decisões sejam expressões da vontade popular, ao passo que a segunda (democracia substancial) se debruça sobre o “que”, vale dizer, o conteúdo, considerando-se que, a seu ver, a concepção meramente formal da democracia não é suficiente (FERRAJOLI, 2011, vol. 2, p. 09).

Aqui, da mesma forma que na obra de Hans Kelsen, percebe-se que o aspecto formal e o aspecto material são indissociáveis. São duas faces da mesma moeda, não só da democracia, mas também de todo o direito positivo, não se podendo abrir mão de um sem que o outro seja afetado, podendo até mesmo comprometido.

Seja na teoria política, seja na teoria do direito, a dualidade entre forma e conteúdo sempre estará presente, assim como sua inseparabilidade, a tal ponto de, em determinados momentos, a própria norma de conteúdo formal assumir, quando violada, um aspecto material. No dizer de FERRAJOLI (2011, vol. 2, p. 30) opera-se uma metamorfose em que as normas formais aparecem destacadas como normas substanciais sobre a produção das decisões que são ditadas justamente sobre sua violação. Revela-se, então, um aspecto material (substancial) na norma até então apresentada unicamente como formal.

Assim, vencidas essas questões de ordem mais geral, as quais mostram a indispensabilidade de atenção à forma de modo indissociável da substância, é o momento de examinar o ato processual em si e sua relação com as invalidades.

3 Os atos processuais (atos jurídicos)

Como afirma ARAKEM DE ASSIS (2015, p.1619), os fatos (os eventos e as condutas) interessam ao direito caso exista a previsão na norma jurídica. O suporte fático e seu ingresso no mundo jurídico pressupõem o atendimento de certos elementos de modo que, se houver o preenchimento suficiente destes, o fato jurídico será existente.

A questão relacionada ao modo como tais elementos forem atendidos é o que diz respeito à sua validade (ou plano da validade), “no qual o direito realiza a triagem entre os atos válidos e os atos inválidos ou não válidos. Já os eventos ficam confinados ao plano da existência. Eles jamais passam ao plano da validade, porque este envolve o elemento cerne do suporte fático – a vontade humana” (ARAKEM DE ASSIS, 2015, p. 1619).

Daí ser possível afirmar que três são os planos de projeção que podem ser atingidos pelos atos processuais (atos jurídicos): o da existência, o da validade e o dos seus efeitos (eficácia), sendo que o último pressupõe o segundo e este, evidentemente, pressupõe o primeiro. Algo como: existência - validade - eficácia, em que a eficácia pressupõe a validade, que pressupõe a existência. Isso se dá porque o processo também se insere na categoria maior ato jurídico e, assim, igualmente, submete-se aos requisitos gerais de todos os atos jurídicos, a saber: capacidade dos agentes, licitude do objeto e forma prescrita ou não defesa em lei.

Os dois primeiros requisitos não se incluem unicamente no campo das nulidades, posto que o primeiro é elemento da formação da relação processual, ao passo que o segundo é relacionado ao objeto, do que cuidam, por exemplo, os arts. 139, III, e 142, NCPC².

Levando em conta o caso da capacidade dos agentes, há incidência das regras do direito civil que se refletem na formação da relação processual: maioria, representação, assistência e capacidade postulatória.

Sem dúvida alguma, porém, é em relação ao terceiro dos elementos apontados como essenciais de todos os atos jurídicos (forma prescrita

² Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias. Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

ou não proibida por lei) o momento em que se manifestam de modo mais intenso as invalidades processuais, já que dizem respeito àquilo que é sua essência, ou seja, a forma (o modo) como são praticadas.

Retomando os três planos do ato jurídico ou do ato processual, é que constatamos que a inexistência efetivamente fica fora do regime das invalidades, já que, se um ato não existe, não há o que se reconhecer em termos de invalidades.

Nas palavras de Pontes de Miranda: “O que não foi feito não existe e, pois, não pode ter defeito” (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 42). É o não ato, existe no mundo dos fatos, mas não existe no mundo do direito (júri sumulado, audiência simulada).

Situa-se em plano anterior ao campo das invalidades e mereceu atenção do legislador processual em alguns momentos, como se pode ver pela classificação dos chamados “pressupostos processuais”, os quais podem ser de existência (jurisdição e capacidade de ser parte) ou de validade da relação processual (inexistência de fatos impeditivos da relação processual – coisa julgada, litispendência, etc.; normas de procedimento; capacidade de estar em juízo; capacidade postulatória; competência; e imparcialidade).

Assim, não há como afirmar que as inexistências são irrelevantes para o processo civil. É o que se vê de algumas previsões como, por exemplo, o art. 525, parágrafo 1º, inciso I, NCPC³, que prevê uma hipótese de ausência do ato que importará em considerar como “não ato” todo o processo a partir de quando tal deveria ter ocorrido.

Vencido isso, mais uma vez buscamos em Pontes de Miranda o rumo a ser seguido no trato da matéria, vencida a questão das inexistências: “Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito”.

Em dado momento, o mesmo autor afirma: “dizer que o legislador pode destruir a separação entre inexistência e nulidade é o mesmo que supô-lo apto a, por exemplo, decretar mudança de sexo ou abrir audiência na lua” (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 353).

³ Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 1º Na impugnação, o executado poderá alegar: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

É bem verdade que os exemplos já foram superados, mas a distinção entre inexistência e nulidade ainda não. Tanto que o legislador atual corrigiu uma imperfeição do CPC/73. Seu art. 37 estava assim redigido:

Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exhibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz. Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por **inexistentes**, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.

No NCPC, a matéria é tratada no art. 104, onde está dito:

O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente. § 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exhibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz. § 2º O ato não ratificado será considerado **ineficaz** relativamente àquele em cujo nome foi praticado, respondendo o advogado pelas despesas e por perdas e danos.

Ocorreu, percebe-se, a substituição da palavra “inexistentes” por “ineficaz”, o que é o correto por dois motivos fundamentais: 1) porque ali não há ausência de capacidade postulatória, mas sim impossibilidade de que ela produza seus efeitos naquele processo já que está submetida a uma condição de eficácia: a sua apresentação na forma e no prazo legal; e 2) porque assim é que está colocado no art. 662, do Código Civil: “Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar”.

Com isso, mais claro fica o espaço de análise das nulidades: é o que foi feito, mas tem defeito.

4 As nulidades processuais: tipologia

De início, duas observações.

A primeira é a de que, analisada a legislação a respeito no CPC/2015 (arts. 274 a 281, em especial), tem-se a mesma impressão retratada por Pontes de Miranda quando analisa o assunto e destaca que a preocupação do legislador foi maior com regras jurídicas contrárias às nulidades ou à sua decretação: “o legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar os processos. A vida a roer os restos do medievalismo...” (PONTES DE MIRANDA, 1973, p. 353). Permanece entre nós a lógica de que o sistema é feito para que não ocorram invalidades, de modo que sempre haverá a intenção de “salvar” o ato.

A segunda é a de que há uma divergência estabelecida em relação à palavra utilizada para retratar o fenômeno: muitos apontam que a palavra “nulidade” é inadequada, posto que nulidade é o vício, é o defeito, ao passo que “invalidade” (a mais adequada) aponta o que resulta da desconstituição do ato e dos seus efeitos, além de ser o contrário de válido. O legislador utilizou – a exemplo dos códigos anteriores – a palavra nulidades.

Dito isso, é preciso ainda observar que não se pode desconhecer que as nulidades não são tratadas apenas no direito processual, havendo quem aponte semelhanças com as nulidades do direito civil, e disso decorrem consequências importantes. A começar pelo detalhe de que o conceito oferecido pelos estudiosos das nulidades do direito civil tem origem no direito privado, ao passo que o processo civil é ramo do direito público, o que explica a importante conclusão de que não há invalidade processual de pleno direito. Todas precisam ser decretadas, isso porque “A relação entre Estado e indivíduo, exercendo aquele o poder e estando este em estado de sujeição, impede que a pessoa faça seu próprio juízo sobre a regularidade do ato e conclua por mostrar-se indiferente a ele” (DINAMARCO, 2009, p. 605).

Desta forma, pode-se afirmar que, ao contrário do que ocorre em direito civil, o ato processual produz efeitos até a decretação de sua invalidade já que, repito, não há invalidade (nulidade) de pleno direito. Todas precisam ser decretadas.

Quanto aos tipos de nulidades, antes mesmo do CPC de 1973, três importantes autores apresentaram teorias delineando o tema das nulidades no processo civil brasileiro, todos com a intenção de sistematizar sua compreensão: Pontes de Miranda, Galeno Lacerda e J. J. Calmon de Passos.

Usando as palavras de Egas Dirceu Moniz de Aragão, foi Galeno Lacerda, em 1953, na obra intitulada *Despacho Saneador*, quem desvendou o sistema adotado pela lei à época vigente, identificando quatro pontos fundamentais no trato da questão: finalidade, conversão, prejuízo e repressão ao dolo processual. Com isso, no compreender de Egas, surgia a possibilidade de abandonar-se o subjetivismo que até então imperava no trato da matéria, o que entendia como possível extrair da classificação apresentada por J. J. Calmon de Passos que, em lado oposto, sustentava que todo o capítulo das nulidades deveria estar subordinado aos “fins de justiça do processo” (ARAGÃO, 2004, p. 289).

Aqui surge uma primeira classificação com larga utilização entre a doutrina: inexistências, nulidades absolutas, nulidades relativas, anulabilidades e meras irregularidades, que emprega de modo muito claro dois critérios: a natureza da norma violada (cogente ou dispositiva) e o interesse tutelado (público ou privado).

Vencida a primeira categoria (inexistência) – e que já foi objeto de exame –, as **nulidades absolutas** seriam aquelas em que há um vício mais grave (norma cogente), prevalecendo o interesse público a respeito do qual as partes não têm qualquer poder de disposição e que deve ser declarada de ofício pelo Juiz (ARAGÃO, 2004, p. 293)⁴. São vícios insanáveis.

Já as **nulidades relativas** são aquelas em que a norma violada diz respeito ao interesse da parte, sendo o vício do ato sanável. Necessita que a violação seja de norma cogente e o juiz esteja autorizado a, de ofício, determinar a correção do ato (GALENO, 1953).

Ao contrário da absoluta, em que o vício não pode ser corrigido pelo juiz, que se limita a decretar sua ocorrência, na relativa há possibilidade de sanar de ofício mesmo que as partes nada tenham dito⁵. Ou seja, são sanáveis.

Quanto às **anulabilidades**, há uma violação de norma dispositiva (que são raras no processo civil), de modo que o ato fica na esfera de dis-

⁴ Exemplos no NCPC: falta de fundamentação adequada (art. 489, par. 1^o); sentença extra petita (art. 492); falta de título adequado (art. 803, I); cerceamento de defesa; violação de competência absoluta; reconhecimento de falta de pressuposto processual (art. 485, par. 3^o, inciso IV).

⁵ Exemplos no NCPC: constrição de bens absolutamente impenhoráveis (art. 833); defeito de representação (art. 76); citação em período de gala (art. 244, III, a qual poderá ser suprida na forma do art. 239, par. 1^o).

posição da parte e sua anulação somente poderá ocorrer mediante a reação do interessado, vedada a atuação de ofício do juiz⁶.

Por fim, as meras irregularidades, que são aquelas cuja violação da norma processual não gera qualquer consequência. São defeitos mínimos (não usar vestes talares durante a sessão de julgamento, numeração equivocada da fls. do processo, art. 208, NCPC; descumprimento dos prazos do art. 226, NCPC; erro material da sentença – art. 494, I, NCPC).

Seguindo essa classificação, temos autores como E. D. Moniz de Aragão e Araken de Assis. Divergindo, autores como Humberto Theodoro Júnior e Cândido Rangel Dinamarco, cabendo a este último explicitar o motivo da discordância: a impossibilidade de aceitação da anulabilidade em direito processual civil.

Diz ele:

A concepção publicista dos atos do Poder Judiciário e da técnica que conduz à sua anulação quando defeituosos exclui os conceitos de anulabilidade do ato processual e de ato processual anulável. Tais categorias são próprias do direito privado, que contempla duas espécies centrais de defeitos dos negócios jurídicos, a saber: a) os vícios radicais, que impedem desde logo a produção dos efeitos programados pelos agentes e caracterizam as nulidades de pleno direito, ou *pleno jure*; b) os vícios menos graves, que não impedem a produção de efeitos, mas deixam à parte inocente o direito potestativo de postular em juízo a subtração destes, pela técnica das anulabilidades e da anulação” (DINAMARCO, 2009, p. 607).

Mais à frente, é enfático: “muito diferentemente se dá em direito privado, o nulo processual depende sempre de anulação, quer se trate de nulidade absoluta ou relativa” (DINAMARCO, 2009, p. 608).

Em face disso, tais autores sustentam uma classificação em que temos: inexistências, nulidades absolutas, nulidades relativas (normas de interesse da parte, não conhecíveis de ofício e que devem ser arguidas na primeira oportunidade de manifestação) e meras irregularidades.

A par das anteriormente colocadas, há mais uma classificação que merece registro.

⁶ Exemplos no NCPC: impenhorabilidade relativa (art. 834); ordem de ouvida na audiência (art. 361); falta de alegação de convenção de arbitragem (art. 337, par. 6º); violação do art. 486, par. 2º, e o réu nada diz.

Fredie Didier Jr. adota classificação que, diz ele, decorre da compreensão de somente há uma categoria que importa, que é a das invalidades processuais, sendo que a distinção deve ser feita é a partir não dos tipos de invalidades, mas sim dos tipos de defeito processual.

Para ele, temos:

1) Defeitos processuais que não geram qualquer invalidade: são os defeitos mínimos chamados por muitos como meras irregularidades (não usar a toga durante a sessão de julgamento no Tribunal). São as irregularidades.

2) Defeitos processuais que geram invalidade que não pode ser decretada de ofício: são aquelas que tutelam interesses particulares, devem ser requeridas pela parte na primeira oportunidade em que lhe cabem falar nos autos e, se não o fizer, dá-se a preclusão (exemplo: art. 337, parágrafo 6º, NCPC). São as anulabilidades.

3) Defeitos processuais que podem ser decretados de ofício: é o caso de invalidades que decorrem de desrespeito às normas de procedimento. Não há preclusão. São as nulidades absolutas.

4) Defeitos processuais que apresentam invalidades que podem ser decretadas de ofício mas, se a parte nada disse na primeira oportunidade, há preclusão (caso da citação defeituosa, mas há a apresentação da resposta ou, ainda, do foro de eleição, mas não arguido pela parte). São as nulidades relativas.

5 Considerações finais: o tratamento da matéria no novo Código de Processo Civil

A primeira observação que merece ser feita, diz respeito à distinção entre nulidades cominadas (expressas) e não cominadas (implícitas).

No art. 276, NCPC, onde está dito que “Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”, são descritas as nulidades cominadas que tem como exemplos os arts. 279 e 280, estando ainda presentes em diversos momentos do NCPC: arts. 11, 146, par. 7º, 190, par. único, 239, par. 1º, 272, par. 2º, 5º, 8º e 9º, 525, par. 1º, inciso I, 803, par. único, 1013, II e IV; 64, par. 4º; 803, e outros.

Já as não cominadas são aquelas em que a nulidade é desprovida de expressa estipulação nesse sentido. É o que decorre do art. 277, NCPC, no qual está dito que “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Frente a isso, a questão que se coloca é: há compatibilidade entre essa classificação (nulidades cominadas e não cominadas) e as classificações anteriores (nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade)?

É um questionamento que leva a incertezas, já que o fato de se tratar de nulidade absoluta não importa em classificá-la como nulidade cominada, o mesmo valendo para a nulidade relativa e a nulidade não cominada. Afinal, a invalidade somente será inevitável quando, além de cominada, for absoluta, e mais por ser absoluta do que por ser cominada. E seguindo em tal raciocínio, é possível afirmar que podemos ter nulidades absolutas cominadas, nulidades absolutas não cominadas, relativas cominadas e relativas não cominadas.

Para alguns autores, o que de fato acontece é que a separação entre nulidades cominadas e não cominadas é uma classificação que remete ao já mencionado Regulamento 737 de 1850, permanecendo de modo inadequado em nosso sistema processual.

Naquela legislação, o art. 672 dizia que eram nulos os processos “§ 1º Sendo as partes ou algumas dellas incompetentes e não legitimas como o falso, e não bastante procurador, a mulher não commerciante sem outorga do marido, o menor ou pessoas semelhantes sem tutor ou curador. § 2º Faltando-lhes alguma fórma ou termo essencial. § 3º Preterindo-se alguma fórma que o Codigo exige com pena de nullidade”.

No artigo seguinte, descrevia quais eram as “formulas, e termos essenciaes do processo”: a conciliação, a primeira citação pessoal na causa principal e na execução, a contestação, a dilação das provas, a sentença, a publicação da sentença, a exibição inicial dos instrumentos do contrato, nos casos em que o Código a considera essencial para a admissão da ação em Juízo, a citação da mulher quando a ação ou a execução versam sobre bens de raiz, a penhora, etc.

E na sequência afirmava:

Art. 674. As referidas nulidades podem ser allegadas em qualquer tempo e instancia; annullam o processo desde o termo em que se ellas deram quanto aos actos relativos, dependentes e consequentes; não podem ser suppridas pelo Juiz, mas sómente ratificadas pelas partes.

Art. 675. As demais formulas não referidas no art. 673 se haverão por suppridas si as partes as não arguirem, quando, depois que ellas occorrerem, lhes competir o direito de contestar (art. 97), allegar afinal (art. 226), ou embargar na execução (arts. 575 e 576).

Contudo, o que ocorreu é que, nos Códigos subsequentes, a técnica de elencar quais eram as nulidades foi abandonada, optando-se critério diverso, tanto que a cominação não foi um critério levado em consideração, nem por Galeno Lacerda e muito menos por J. J. Calmon de Passos. Quem os levou em consideração foi Pontes de Miranda, dizendo ele que

No sistema jurídico do Código de Processo Civil de 1973, tal como antes, há distinção que está à base mesma da sua teoria das nulidades: nulidades cominadas, isto é, nulidades derivadas da incidência de regra jurídica em que se disse, explicitamente, que, ocorrendo a infração da regra jurídica processual, a sanção seria a nulidade; nulidades não cominadas, isto é, nulidades que resultam da infração de regras jurídicas processuais, mas para as quais não se disse, explicitamente, que a sanção seria a nulidade”. (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 355)

Com os demais, chegou-se à conclusão de que é impossível ao legislador prever todas as formas possíveis e imagináveis de violação da norma jurídica. Além disso, é preciso deixar alguma margem de liberdade para adaptação de novas e melhores formulações que possam (e que, efetivamente, surgem, com o passar dos anos) aprimorar a técnica processual.

No dizer de C. R. Dinamarco:

Racionalmente, o legislador toma consciência de sua própria falibilidade e, renunciando à utópica aspiração a um *numerus clausus* completo e sem omissões, resigna-se a especificar apenas algumas hipóteses em que o ato será nulo e, no mais, deixa ao intérprete a avaliação da aptidão de cada um deles a produzir o escopo para o qual foi concebido” (DINAMARCO, 2009, p. 610).

E é justamente por isso que a manutenção deste modelo no CPC/2015 tem merecido críticas, apesar do reconhecimento do acerto da supressão da expressão “sem cominação de nulidade” no art. 277, que substituiu o art. 244, CPC/73.

Agora, adotada qualquer das classificações apresentadas, em que pese entender que as razões de C. R. Dinamarco para excluir as anulabilidades é de grande sentido, mostra-se preciso delimitar o campo de aplicação dos dispositivos que tratam do assunto no NCPC:

- 1) O art. 276 claramente só tem aplicação para as chamadas nulidades relativas, não havendo qualquer sentido em estender sua aplicação para as nulidades absolutas, já que elas podem ser suscitadas a qualquer tempo e devem ser conhecidas de ofício pelo Juiz. Adotada a classificação de Galeno Lacerda, tem aplicação apenas para as hipóteses de anulabilidades.
- 2) O art. 277, que trata do princípio da instrumentalidade das formas (se alcançada a finalidade, tem-se por superada a nulidade), é norma que tem aplicação tanto para as nulidades absolutas quanto para as nulidades relativas. No caso da primeira, em que pese haver uma presunção de prejuízo, não há caráter absoluto e, se demonstrado o contrário, superada estará a questão. Na classificação de Galeno Lacerda, tal mereceria aplicação apenas nas nulidades relativas e nas anulabilidades.
- 3) O art. 278 não deixa dúvidas: o caput serve às nulidades relativas (e anulabilidades, para Galeno), e o parágrafo único, às nulidades absolutas.
- 4) O art. 279 apresenta uma regra de nulidade absoluta, que foi mitigada com o parágrafo 2º. Vale dizer que este incide o princípio da instrumentalidade das formas de modo a impedir a invalidação do processo, se não houver prejuízo.
- 5) O mesmo ocorre com as citações e as intimações previstas no art. 280, NCPC.
- 6) Por fim, o art. 282: apesar das divergências, tem-se como majoritária a compreensão de que se aplicam tanto as nulidades absolutas como às nulidades relativas.

Assim, em conclusão, é preciso destacar que – apesar do reconhecimento da importância da forma e do respeito ao devido processo legal – a intenção do legislador foi seguir os passos da doutrina e da jurisprudência no sentido de que é preciso reduzir a influência da forma, possibilitando,

sempre que possível, o aproveitamento dos atos praticados, até porque – e isso precisa ser destacado em relação ao nosso momento processual – há uma corresponsabilidade na condução do feito.

Consideramos a palavra corresponsabilidade a que melhor retrata o movimento esperado da participação das partes no processo, em lugar da cooperação. Afinal, “Nada mais longe da realidade do que o ideal de cooperação entre as partes e o órgão judiciário. Entre as partes, reina a cizânia, cada qual buscando a satisfação do próprio interesse, e, não, a cooperação convergente reclamada imprópria e idealisticamente pelo art. 6º (...)” (ARAKEM DE ASSIS, 2015, p. 1632).

Tudo a demonstrar que já não está mais apenas nos ombros do juiz zelar pela adequada tramitação do feito. As partes têm espaço para influir e não utilizar de tais possibilidades é abrir mão de um processo democrático, agora explicitamente reconhecido por lei, se era o que faltava mesmo frente à sua previsão na Constituição de 1988.

Referências

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ASSIS, Arakem de. **Processo civil brasileiro**. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER Jr.; Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015, vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 6. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría Del derecho y de la democracia. Vol. 2 Teoría de la democracia**. Trad. de Perfecto Andre Ibañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Batista. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina. 1953.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao CPC.** Tomo III. 4. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **O novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015.** São Paulo: Conceito, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto - Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor de Processo Civil do Curso de Graduação em Direito da UFSC; Professor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí-SC e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina lotado na 2ª Câmara de Direito Público.

AS INCOMPATIBILIDADES DE APLICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO DIREITO ELEITORAL

The incompatibilities of the application of procedural legal business in the electoral law

Luiza Cesar Portella

Luiz Magno Pinto Bastos Junior

Resumo: O presente artigo dedica-se à análise das incompatibilidades de aplicação do negócio jurídico processual, positivado no Novo Código de Processo Civil, no Direito Eleitoral. Ao longo do texto, constroem-se os pilares que afastam a implementação do inovador instituto processual na seara eleitoral. Para tanto, faz-se uma análise dos artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil de 2015, à luz da evolução comparada ao Código de Processo Civil de 1973, apresentando o aprimoramento, as vantagens, e concluindo-se que, ao fim, o instituto é reflexo do Estado Democrático de Direito. Paralelamente, apresentam-se as balizas do Direito Eleitoral e as peculiaridades do seu processo, ressaltando as diferenças de regras procedimentais em face do Código de Processo Civil e, também, em face das previsões próprias da legislação eleitoral. Diante do quadro retratado, inquieta-se a pesquisa em desvendar a compatibilidade, ou não, entre o inovador instituto do negócio processual e as peculiaridades inerentes ao processo eleitoral.

Palavras-chave: Processo civil. Negócio jurídico processual. Novo código de processo civil. Direito eleitoral. Processo eleitoral. Incompatibilidade.

Abstract: This article means to analyze the incompatibilities of applying the procedural business in Electoral Law. Throughout the text the pillars that prevent the enforcement of the procedural institute in the election field are developed. Therefore, an analysis is made of Articles 190 and 191 of the Code of Civil Procedure of 2015, at sight of comparison to the Code of Civil Procedure of 1973, presenting the improvement, the advantages and, concluding that in the end, the institute is reflecting the Democratic State of Law. Parallel to this, it presents the electoral law and the peculiarities of its process, highlighting the differences in procedural rules in the face of the Civil Procedure Code and also in view of the specific provisions of electoral legislation. The research in unveiling the compatibility, or not, between the innovative institute of the procedural business and the peculiarities inherent in the electoral process.

Keywords: Civil Procedure. Procedural business. New Code of Civil Procedure. Electoral Law. Electoral Procedure. Incompatibility.

1 Introdução

Com a entrada em vigor do dito Novo Código de Processo Civil, em 18 de março de 2016¹, muito se discutiu acerca da sua abrangência, sua compreensão, sua aplicabilidade, sua efetividade. Apesar de muitos dos novos institutos já estarem suficientemente aclarados no direito processual civil em geral, ainda é elevada a controvérsia sobre a aplicabilidade de diversos de seus institutos em outras esferas do direito, sobretudo, em relação ao direito eleitoral.

Anteriormente à entrada em vigência do novo diploma processual, a influência do Código de Processo Civil no Processo Eleitoral se dava exclusivamente de forma supletiva, ou seja, a sua importância era reservada à complementação quando inexistia norma, sendo ela necessária para o deslinde do caso. Atualmente, o diploma processual assume postura mais ativa, podendo ser aplicado em caráter tanto supletivo quanto subsidiário, o que, num primeiro momento, gerou dúvidas sobre a abrangência do instituto do negócio jurídico processual.

Este artigo defende, sem a pretensão de esgotar a temática, a incompatibilidade existente entre o inovador instituto do negócio jurídico processual e a sistemática peculiar do Processo Eleitoral.

Para tanto, as temáticas serão encadeadas nos seguintes termos: inicialmente, será feito um breve panorama do instituto denominado negócio jurídico processual, identificando suas origens e a sua natureza; na sequência, buscar-se-á apresentar uma visão global do direito eleitoral, principalmente no que tange às suas características materiais, com viés constitucional bastante evidente, e às peculiaridades processuais. Por fim, intenta-se conectar os fundamentos e indicar os motivos pelos quais são incompatíveis entre si, de modo a confirmar a determinação do Tribunal Superior Eleitoral de que o negócio jurídico processual – previsto no artigo 190 do Código de Processo Civil – não pode ser aplicado no processo eleitoral.

¹ A data foi fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça a partir de decisão unânime do Pleno da Corte, que editou o Enunciado administrativo nº 1, o qual foi assim redigido: “O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei nº 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016.”

2 Negócio jurídico processual: surgimento, natureza e características

O Código de Processo Civil de 2016 trouxe ao sistema processual brasileiro uma série de inovações até então inimagináveis aos mais formalistas. Uma delas foi o instituto denominado pela doutrina de negócio jurídico processual. Ele está previsto nos artigos 190 e 191, insertos no Livro IV, Título I, Capítulo I, Seção I do novo diploma, sendo assim redigidos:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Nota-se que tais dispositivos ampliaram, em muito, a autonomia e o poder das partes no processo, autorizando-as a alterar procedimentos e até prerrogativas, como o duplo grau de jurisdição.

A atribuição desse poder de disposição delegado às partes para, de certo modo, gerirem o próprio processo, deriva da nossa origem democrática, tendo uma vez que ele concretiza os direitos dos cidadãos típicos do Estado Democrático contemporâneo (GRECO, 2007). No mesmo sentido, Santos (2015) defende que a incapacidade de o cidadão interferir no processo que em *ultima ratio* definirá aspectos imperativos de sua esfera jurídica, fere as premissas do Estado Democrático de Direito.

O que até aqui foi apresentado autoriza concluir que o negócio jurídico processual, do modo como inserido no novo diploma processual, concedeu autonomia aos cidadãos, excluindo do processo a ideia de Estado controlador, autoritário e inflexível sem, contudo, caracterizar a privatização e a anarquia do processo civil brasileiro².

Acrescenta-se a esse entendimento a ideia de Marina França Santos (2015), a qual defende que a ideia de rigidez processual não mais se coaduna com o direito no século XXI. Isso porque a manutenção das regras processuais estanques em confronto com o postulado democrático que inclui a participação das partes fere o preceito anterior de que a segurança jurídica só seria mantida com a existência de regras heterônomas em todo se afasta do que se espera hoje do direito.

Barbosa Moreira (1983) há muito já indicava situações em que as partes poderiam convencionar sobre matéria processual. Ele apontava, desde 1983, a ausência de estudos monográficos acerca do tema. Com a disposição expressa no novo diploma civil, tal realidade foi alterada de modo que o instituto ganhou foco e passou a ser analisada com clareza^{3 4 5}.

No código de 1973, já podíamos vislumbrar espécies de acordos individuais que tinham a prerrogativa de alterar o procedimento positivado:

² Nesse sentido, reforçam a ideia os ensinamentos de Gajardoni (2011), segundo o qual bastaria que as normas fossem conhecidas pelas partes previamente à sua implementação para que sejam ilegais e respeitem a segurança jurídica, não importando a fonte de onde provenham. Disso se extrai que não é apenas a formalização excessiva e o Estado rígido e formalista que garantem a segurança jurídica, mas sim a previsibilidade do procedimento.

³ Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra (2004), no momento em que escreveram o livro, defenderam que a doutrina negava a existência de negócios processuais, de modo que hoje, com a sua positivação, faz-se essencial a mudança de posicionamento doutrinário a fim de se adequar à nova realidade.

⁴ No mesmo sentido, José de Albuquerque Rocha defendia a inexistência de negócios processuais. Segundo o autor, as partes não poderiam influenciar o desenvolvimento do processo, de modo que seu único papel é praticar o ato, e não alterar os efeitos dele, decorrentes previstos em lei (BRAGA, 2007).

⁵ Alexandre Freitas Câmara também entendia que os atos das partes se resumiam a desencadear os efeitos previstos em lei (BRAGA, 2007).

a eleição contratual do foro⁶, a convenção sobre suspensão do processo⁷, sobre distribuição do ônus da prova⁸, sobre adiamento de audiência⁹, dentre tantos outros (MOREIRA, 1983). Ainda analisando o diploma anterior, Paula Sarno Braga (2007) já admitia a possibilidade de celebração de convenções processuais não previstas em lei, desde que, de mesmo modo, não contrariassem a nenhuma delas.

Naquele momento, não havia um consenso doutrinário acerca da nomenclatura a se emprestar ao instituto. Barbosa Moreira (1983), então, remete ao direito alemão, no qual o denominavam de contrato processual. Expõe que havia quem adotasse a expressão alemã, outros que defendiam a terminologia “avenças” ou ainda “acordos processuais”, preferindo o autor a denominação “convenções processuais”.

Bem se vê que o tema desse estudo em muito evoluiu, até ser formalizado em um vernáculo abrangente e específico no Código Processual Civil de 2016, sobre o qual há mínimo consenso doutrinário e jurisprudencial, nem que seja no que tange sua denominação¹⁰.

⁶ Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

⁷ Art. 265. Suspende-se o processo:

[...]

II - pela convenção das partes;

[...]

⁸ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁹ Art. 453. A audiência poderá ser adiada:

I - por convenção das partes, caso em que só será admissível uma vez;

¹⁰ Leonardo Greco (2007), ao explicar a evolução doutrinária acerca da compreensão da interferência das partes no processo, cita Carnelutti. Este, já em 1944, falava em negócio jurídico processual que acabou sendo, hoje, a terminologia utilizada para referenciar o instituto previsto nos artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil.

O novo sistema processual acabou afastando-se do que era preconizado no Código Processual Civil de 1973. Neste, a proximidade com o sistema da legalidade das formas procedimentais era bastante evidente, de modo que prevalecia a máxima de que tanto a previsão de certo ato, quanto a sua consequência, eram previamente definidas por lei, sem possibilidade de mudança.

Por outro lado, o novo diploma, ao institucionalizar o cabimento do negócio jurídico processual (nas condições abaixo verificadas), aproximou-se do sistema da liberdade de formas procedimentais, segundo o qual as partes teriam total liberdade para definir todos os vieses procedimentais do processo (GAJARDONI, 2011). Evidente que esse sistema não foi totalmente adotado, acreditando-se que sequer seria bem recepcionado em nossa realidade jurídica, todavia, foi um passo para conferir maior dinâmica ao processo e, por conseguinte, democratizá-lo.

Assim, é possível, a partir dos ensinamentos de Barbosa Moreira (1983), perceber a condição primária do negócio jurídico: para que o negócio jurídico processual seja válido, faz-se necessário o acordo mútuo e coincidente de vontades. Apenas assim as mudanças se tornam efetivamente aplicáveis e positivas.

Leonardo Greco (2007), reforçando o apresentado por Barbosa Moreira, ensina que as convenções das partes, preconizadoras do negócio jurídico processual, são atos bilaterais, de comum acordo, que podem ser travadas antes de formada a lide ou no curso do processo, a fim de definir questões específicas referentes a ele. Esse também é o entendimento de Paula Sarno Braga (2007, p. 20) segundo a qual “[...] o fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo”.

Comparando as previsões esparsas do código de 1973¹¹ e o ditame expresso do de 2016, nota-se que a condição primária sempre existiu e já era condicionante para a implementação das modificações procedimentais, de modo que, hoje, especialmente em virtude da sua amplitude, deve-se priorizar a concordância das partes, tendo em vista a igualdade material e processual entre elas.

Braga (2007) complementa trazendo à tona a ideia de Francesco Carnelutti segundo o qual a natureza do ato como processual ou não inde-

¹¹ Vide notas de rodapé 6,7,8 e 9.

pende de ter sido realizado dentro ou fora do processo, mas decorre da sua importância para a causa. Não satisfeita, analisando a natureza jurídica do negócio processual, acrescenta que, nos negócios processuais discricionários, necessariamente as partes definem o efeito jurídico do que for acordado, ou seja, elas direcionam a transação privada para um fim específico e preconcebido.

O parágrafo único do artigo 190 do Código, por sua vez, institui o papel do magistrado nas convenções, resumindo-o a um mero fiscal, não lhe atribuindo postura ativa, sequer chancelatória. Ou seja, o que o recente legislador prescreveu foi que o juiz apenas poderá negar o acordo quando ele se mostrar nulo ou abusivo.

O artigo 191, por seu turno, vai ainda mais além, recepcionando o julgador ao acordo e autorizando que, em conjunto, ele e as partes, fixem um calendário pormenorizado para a prática dos atos processuais¹².

Essa autonomia do juiz e, principalmente, das partes, não se via no diploma de 1973, de modo que as convenções processuais abordadas com maestria por Barbosa Moreira evoluíram até chegar ao patamar atual. Nota-se, pois, que as partes passaram a desempenhar papel mais ativo no processo, e menos de meros espectadores.

Barbosa Moreira (1983) estabeleceu alguns parâmetros para que as convenções processuais fossem válidas, parâmetros esses que ainda podemos adotar atualmente. São eles: para a sua realização extrajudicial, basta que a parte tenha capacidade civil, sem necessitar da capacidade postulatória; de mesmo modo que, se realizada judicialmente, basta ter capacidade postulatória e não a capacidade civil, ou seja, antes da formação da lide, as partes não precisam de advogado para acordarem, e, após iniciado o processo, o espólio ou o condomínio, por exemplo, que não possuem personalidade jurídica, podem, perfeitamente, travar as convenções.

Quanto à forma, afirma que, do mesmo modo que ocorre no direito material, não havendo restrição legal, a convenção pode apresentar forma livre. Acrescenta, ainda, como requisitos, a licitude do acordo e a possibilidade do objeto. Impõe restrição, todavia, no que toca a adoção de condição ou de termo.

¹² Moreira (1983) já ressaltava que, mesmo as convenções que precisam da chancela do magistrado, mantém a natureza de convenção processual – hoje conhecida por negócio jurídico processual – de modo que a sua caracterização derivava do ato uno emitido pelas partes em declaração de vontade congruente.

A liberalidade e a liberdade das partes, contudo, não é completa. O artigo 190 do Código de Processo Civil restringe os negócios jurídicos processuais aos processos que versem sobre direitos que admitam autocomposição. Nada obstante, significa dizer “[...] que o instituto não é avesso à tutela de direitos fundamentais¹³, mas sim seu fomentador.” (BUCHMANN, 2017, p. 178). Sendo isso permitido, o legislador, ao idealizar o instituto “[...] criou mecanismos a permitir o controle da validade da pactuação pelo magistrado.”¹⁴ (BUCHMANN, 2017, p. 179).

Nesse sentido, é essencial observar limites objetivos que delimitam a extensão do mecanismo: (i) disponibilidade do direito discutido¹⁵, (ii) equilíbrio entre as partes e igualdade concreta de defesa e de meios de ação, (iii) respeito aos princípios e garantias fundamentais do processo (GRECO, 2007). Lembra-se ainda que, por ser um negócio jurídico, precisa observar os requisitos de validade adjacentes a todos os demais, como previsto no Título I, do Livro III do Código Civil.

Tais parâmetros, defendidos anteriormente em análise ao Código Processual Civil de 1973, foram reproduzidos no parágrafo único do artigo 190¹⁶, o qual delegou ao juiz a tarefa de garantir que os limites sejam respei-

¹³ No mesmo sentido, é possível colher entendimento de Marina França Santos (2015, p. 99), a qual defende que: “O substrato constitucional do processo ora nenhuma exclui a liberdade das partes de conformação do procedimento, cingindo-se a limitar qualquer forma a ser estabelecida aos postulados mínimos estabelecidos pela Constituição de 1988 como o contraditório e a ampla defesa, a fundamentação das decisões, a duração razoável do processo, a publicidade e a imparcialidade dos julgamentos e a litude das provas.”

¹⁴ Tal entendimento é corroborado por Leonardo Greco (2007, p. 11), o qual afirma que: “Isso não significa que os titulares de direitos indisponíveis não possam praticar atos de disposição, tanto no sentido de atos prejudiciais quanto de atos decisórios, mas apenas que não podem praticar os que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos.”

¹⁵ Faz-se a ressalva de que, atualmente, essa compreensão foi de certo modo relativizada, de modo que mesmo quando tocam direitos fundamentais, é possível que as partes, cientes do que está em jogo, possam transigir. Nesse sentido: “Da redação empregada ao artigo 190, exsurge um enquadramento aos negócios jurídicos processuais que se sobrepõe à seara dos litígios envolvendo direitos meramente patrimoniais, até mesmo porque, caso fosse essa a intenção do legislador, ele teria disciplinado a matéria nos mesmos termos em que o fez com a arbitragem.” (BUCHMANN, 2017, p. 179)

¹⁶ Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

tados, limitando aos casos de descumprimento a possibilidade de recusa ao negócio jurídico processual. Ou seja, não existe a subordinação a condições ou a termos, sendo a análise judicial mero ato formal para que o negócio continue a emanar seus efeitos, desde que não seja eivado de qualquer nulidade (GRECO, 2007).

Tem-se, assim, que a ampliação da possibilidade de disposição das partes sobre o procedimento no processo mostra-se forma de adequar o processo nos âmbitos subjetivo, objetivo e teleológico. Reforça ainda a ideia de que ao adequá-lo às necessidades e às específicas condições das partes e da demanda, a resolução do conflito tenderá a mostrar-se mais eficiente e mais eficaz (SANTOS, 2015).

A autora ainda complementa ensinando que a origem constitucional do processo não vai de encontro com a possibilidade de as partes transigirem sobre o procedimento, pelo contrário, limitando-as à observação dos princípios basilares, como o contraditório e a ampla defesa, a fundamentação das decisões, a duração razoável do processo, a publicidade e a imparcialidade dos julgamentos, além da licitude das provas.

Conclui que o negócio jurídico processual concretiza o princípio da adequação do procedimento que, por sua vez, deriva dos princípios do acesso à justiça e do devido processo legal de modo a legitimar o processo adequado à realidade de direito material.

Dessa forma, o negócio jurídico processual se transmuda em uma cláusula aberta (SANTOS, 2015) de liberalidade das partes para ajustarem o procedimento da forma como melhor lhes convêm. Essa conclusão é possível uma vez que o Código não restringiu as possibilidades de convenção como fazia seu antecessor, mas autoriza qualquer modificação, desde que dentro dos limites já apresentados.

Assim, pode-se considerar que o instituto do negócio jurídico processual representa autorização “[...] legal de aprofundamento da participação das partes no processo, que passam a não apenas participar dos atos com vistas a influenciar a cognição judicial, como também a poder elaborar os próprios atos de que participam.” (SANTOS, 2015, p. 96).

Fundamental, portanto, reconhecer o potencial inovador do instituto, uma vez que ele rompe com o paradigma até então vigente na seara do processo, permitindo aos operadores jurídicos a eleição de mecanismos de gerenciamento processual até então inimagináveis, os quais fatalmente

propiciarão maior celeridade¹⁷ ao procedimento. Celeridade, por sinal, que é tida enquanto uma das mais marcantes características do processo eleitoral, ao qual se dedica o capítulo seguinte.

3 O universo eleitoral: características materiais e peculiaridades processuais

O Direito Eleitoral é ramo do direito que, apesar de extremamente importante e fundamental para o Estado Democrático, fora negligenciado no passado, quando não existiam muitos pesquisadores e doutrinadores do estudo eleitoral democrático^{18 19}. No entanto, felizmente, esse cenário vem mudando, seja pelo interesse social, acadêmico, doutrinário, político, seja pelo interesse prático.

Inicialmente, antes de se adentrar na apresentação da matéria, é importante esclarecer o cenário no qual o direito eleitoral brasileiro está inserido.

Quando se fala em legislação eleitoral, é preciso ter em mente que não se pode restringir o estudo unicamente ao Código Eleitoral. Não. Existem hoje diversas leis – e resoluções do Tribunal Superior Eleitoral²⁰ – que regulamentam, cada uma na sua esfera, uma parte do Direito Eleitoral. Tem-se, por exemplo, além do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), a chamada Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), a Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990), a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), para citar apenas as principais.

Com tanta regulamentação, contudo, não se pode esquecer o caráter constitucional do Direito Eleitoral, sendo a Constituição da República

¹⁷ Essa celeridade, por exemplo, poderá se observar nos casos de dispensas recíprocas de intimação, ou de dispensa ao segundo grau de jurisdição, ou ainda pelo acordo de instrução probatória reduzida, excluindo-se a realização de audiência para oitiva de testemunhas, ou a realização de perícia.

¹⁸ Viana Pereira, citado por José Jairo Gomes (2016, p. 62), defende que Direito Eleitoral “parece ter se mantido na penumbra, em um território fosco em que predomina uma espécie de desprezo teórico, e mesmo legislativo, relativamente a vários de seus institutos”.

¹⁹ No mesmo sentido, Jairo Gomes (2016, p. 62) conclui que “[...] o Direito Eleitoral, como ciência, ainda se encontra empenhado no desenvolvimento de seu método e conteúdo.”

²⁰ Ao referir-se ao Tribunal máximo eleitoral neste artigo, poder-se-á utilizar a sigla pela qual é comumente conhecido, “TSE”.

a sua fonte primária, tendo instituído importante regramento já quando da sua edição em 1988, a qual fixou sua base, principalmente nos artigos 17, 45 e 46. Dessa forma, toda as demais fontes do Direito Eleitoral, sejam elas legislativas, jurisprudenciais, ou normativas oriundas dos tribunais, devem respeitar e fomentar a garantia constitucional à soberania popular, à república federativa, à democracia representativa, ao sufrágio, às condições de elegibilidade, entre tantos outros valores com os quais a Constituição de 1988 nos presenteou.

Neste ponto, é de extrema relevância destacar que o Código Eleitoral foi instituído em 15 de julho de 1965, durante a ditadura militar que assolou o país durante 21 anos. Ou seja, insta dizer que – em tese – a norma máxima regulamentadora do direito eleitoral brasileiro não tem origem democrática, mas, sim, ditatorial.

Tal característica, mas não só²¹, fez com que o legislador não apenas editasse novas normas com finalidades específicas (como as anteriormente citadas), como também realizasse minirreformas no Código²². Contudo, essa formatação cria um sistema díspar, antiquado e fragmentado que, segundo o Ministro Gilmar Mendes, presidente do Tribunal Superior Eleitoral, em reportagem editada pelo TSE (2017), não acompanhou o processo de redemocratização que originou a Constituição de 1988, tendo sido mantido o sistema político-eleitoral vigente desde 1932, evidenciando, pois, a necessidade de mudança sistematizada.

Por esse motivo que, mais uma vez, tenta-se aprovar um aperfeiçoamento efetivo no sistema eleitoral. O Ministro Gilmar Mendes, ao falar sobre a reforma que tramita na Câmara dos Deputados, posicionou-se no sentido de que é evidente a fragilidade do nosso sistema político-eleitoral, o qual se mostra extremamente viciado a quem quiser enxergar. Continua o Ministro, defendendo que, da forma como está projetado, o sistema é vulnerável a manipulações, devendo, urgentemente, ser discutido e alterado (TSE, 2017).

²¹ O procedimento eleitoral (alistamento, eleição, apuração, financiamento, prestação de contas), em muito evoluiu nessas últimas seis décadas, de modo que a legislação original não tinha aporte de acompanhar, sequer de recepcionar em seu texto, as mudanças necessárias para adequá-lo à realidade contemporânea.

²² As minirreformas foram efetuadas através das Leis nos 11.300/2006, 12.034/2009, 12.891/2013, 13.165/2015, sem contar as inúmeras alterações que a Lei nº 4.961/1966 inseriu no Código Eleitoral.

Ultrapassada a exposição do cenário atual em que se encontra o Direito Eleitoral, passa-se à análise de suas características materiais e de suas peculiaridades processuais.

O Direito Eleitoral apresenta-se como ramo do Direito Público – no qual ao Estado é atribuído o papel de poder político soberano – que regulamenta, através de normas e de procedimentos, as normas constitucionais fundamentais, tais quais o direito de sufrágio, visando, ao fim, consolidar a soberania popular, dar legitimidade à representação, à ocupação de cargos políticos e ao exercício do poder estatal (GOMES, 2016), fundando-se, por fim, no regime democrático.

Lenza (2011) reforça o conceito ao definir o Direito Eleitoral como defensor do direito ao sufrágio, englobando a capacidade eleitoral ativa (direito de votar) e passiva (direito de ser votado), o direito à filiação partidária, e ao cuidado com as eleições (preparação, regulamentação, organização, apuração, fiscalização).

Em complemento, Rodrigues (2010) afirma que tanto as regras de direito material eleitoral quanto as de direito processual eleitoral devem visar à efetivação da democracia a partir da soberania popular, incluindo nesse dever aquelas que organizam a justiça eleitoral, o sufrágio popular e os partidos políticos.

O Direito Eleitoral, pois, busca proteger direitos e princípios essenciais à sociedade como “[...] a democracia, a legitimidade do acesso e do exercício do poder estatal, a representatividade do eleito, a sinceridade das eleições, a normalidade do pleito e a igualdade de oportunidades entre os concorrentes.” (GOMES, 2016, p. 62).

Com isso em mente, interessante lembrar que o Direito Eleitoral possui ainda mais uma peculiaridade: quem produz as leis eleitorais (competência privativa do Congresso Nacional) é o seu próprio destinatário. Ou seja, é preciso cautela na validação e na aplicação legislativa visto que seria ingenuidade pensar que elas são escritas com completa isenção pessoal e em observância aos princípios constitucionais tão prezados²³.

²³ Apresenta-se para reflexão, por exemplo, a regulamentação do fundo partidário. Com a proibição, em 2015, de financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais (cada vez mais caras, diga-se de passagem), a captação de recursos ficou limitada às cotas oriundas do fundo partidário e às doações de pessoas físicas. Haja vista que o Brasil não tem qualquer tradição contributiva da população ao financiamento partidário e político, a grande maioria das contas será paga com dinheiro público. Assim, é de se imaginar o grande in-

Origina-se, pois, precipuamente, da Constituição Federal, a qual fixa os seus princípios fundamentais além de outros conceitos e normas²⁴, a partir dos quais as regras infraconstitucionais eleitorais são criadas.

Conforme já dito, possui diversas leis esparsas que, em conjunto com o Código Eleitoral, delimitam o seu conteúdo. Vale ressaltar, entretanto, que grande parte das regulamentações eleitorais são formuladas a partir de Resoluções do TSE. Este, portanto, atua como fonte normativa, não apenas regulando o que foi previsto em lei, mas inovando e suprindo lacunas legislativas (RODRIGUES, 2010).

As resoluções, por sua vez, são classificadas como ato-regra com força de lei e regulamentadas pelo artigo 105 da Lei das Eleições. Esse artigo define o dia 5 de março do ano em que ocorrerá a eleição como limite para a expedição de resolução que regerá aquele certame.

Pois bem, isso significa que a sete meses das eleições, o Tribunal Superior Eleitoral pode alterar toda a regulamentação para o pleito, desde que não contrarie ditame legal. Assim, é possível que a nova resolução acabe por prejudicar a organização dos partidos, seu planejamento financeiro, a programação dos programas televisionados, a orientação de prestação de contas. Ou seja, o poder atribuído ao TSE é imenso e, nem sempre, regular e perene, colocando em xeque a estabilidade processual eleitoral.

Isso deriva das quatro funções atribuídas à justiça eleitoral, quais sejam: administrativa, jurisdicional, normativa e consultiva (GOMES, 2016). A justiça eleitoral, como ramo autônomo do judiciário, surgiu em 1930 (LENZA, 2011; ROSAS, 1999) e foi regulamentada pelo Código Elei-

teresse que os parlamentares possuem na Reforma Eleitoral. Uma das ideias é criar o que foi chamado de Fundo de Financiamento da Democracia (FFD), o qual seria custeado por verbas públicas e responderia por 70% das contas de campanha, relegando os 30% restantes à pessoa física. O que mais assusta é a soma com a qual o FFD partiria: 2,1 bilhões de reais (VENAGLIA, 2017). Agora se instiga se, caso aprovada, essa medida efetivamente é de maior interesse da população, ou se servirá para resolver de forma fácil – e de alto custo para o erário – o impasse gerado. Por essa razão é que é preciso sempre atentar para essa peculiaridade, pois apesar de tantas outras leis terem os parlamentares como destinatários, nenhuma delas os atinge tão fortemente e em ponto tão crucial: a sua manutenção no poder.

²⁴ Dentro o fixado pela constituição, podemos identificar como chave para o direito eleitoral o sistema de governo (art. 1^a), os direitos políticos (art. 14), a nacionalidade (art. 12), fundamental para definir os limites dos direitos políticos, os partidos políticos (art. 17), a competência legislativa em matéria eleitoral (art. 23, I), a organização da Justiça Eleitoral (art. 118 e seguintes).

toral de 1932. Ela se apresenta como instrumento de garantia da lisura no processo eleitoral, assim como de preservação dos direitos e garantias fundamentais eleitorais (LENZA, 2011), como a liberdade de voto, a garantia de voto às mulheres, o incentivo de participação da mulher na política, o direito de votar e de ser votado.

Atualmente, a justiça eleitoral consiste em um desmembramento da justiça federal, sendo composta por juízes de carreira estaduais e federais, além de membros oriundos da classe dos advogados, exercendo, todos, mandatos de dois anos, prorrogáveis uma vez pelo mesmo período. Percebe-se, pois, que a justiça eleitoral não possui quadro próprio de julgadores, circunstância que gera dualidade entre aqueles que pesquisam o Direito Eleitoral ou trabalham com ele.

Acredita-se que essa pluralidade reforça seu caráter pluralístico democrático, na medida em que busca alcançar diferentes segmentos de representação nos âmbitos jurídicos, bem como alterná-los periodicamente no exercício da função evitando-se, assim, a perpetuação de ideias e ideais numa corte eleitoral e política. Por outro lado, reconhece-se que a mudança constante traz prejuízos ao jurisdicionado que, muitas vezes, acaba sendo pego de surpresa pela alteração da composição e, conseqüentemente, da jurisprudência, inclusive durante uma mesma eleição. Esse problema, no entanto, é facilmente superado pela observância dos precedentes²⁵ e pela manutenção de mesma linha de posicionamento, pelo menos, no que se refere ao mesmo período temporal ou à mesma eleição.

O processo eleitoral, por sua vez, funda-se no controle das eleições e consiste na:

[...] complexa relação que se instaura entre Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do sacrossanto direito de sufrágio e escolha, legítima, dos ocupantes dos cargos público-eletivos em disputa (GOMES, 2016, p. 369).

²⁵ Esse é outro ponto de destaque que possui vasto campo para estudo e ponderação no que tange, especificamente, aos preceitos estabelecidos pelo Código de Processo Civil de vinculação aos precedentes (art. 926), de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987), e de assunção de competência (art. 947).

Marcelo Rodrigues (2010) ressalva que, apesar de o processo eleitoral ser fundamental para a manutenção da democracia, durante muito tempo foi negligenciado²⁶. Um dos fatores que o autor menciona é o que chama de “balbúrdia legislativa”. Destrincha-o em três fatores: (i) o Código Eleitoral ditatorial prévio à Constituição de 1988; (ii) falta de interesse do legislativo em desmitificar e sistematizar as técnicas processuais eleitorais, mantendo o sistema confuso para dificultar o acesso à justiça pela população; (iii) não há preocupação em estabelecer um sistema processual linear, resultando na criação de soluções pontuais e casuísticas para cada imbróglio que surja.

Gomes (2016) demonstrou que a doutrina convencionou como termo inicial do Processo Eleitoral o dia 20 de julho do ano eleitoral, visto que corresponde à data a partir da qual as convenções partidárias são autorizadas, encerrando-se com a diplomação dos candidatos eleitos. Ou seja, conclui-se que ela é composta por ciclos eleitorais que, muitas vezes, acabam perdurando no tempo e se confundem com o próximo ciclo.

Nesse cenário, tinha-se, até a edição do Código de Processo Civil de 2016, que este se aplicava subsidiariamente ao processo eleitoral. Contudo, com a sua entrada em vigor, o seu artigo 15²⁷ passou a definir que a sua interferência será maior, podendo ser aplicado supletivamente.

Por outro lado, o Processo Eleitoral é protegido pela Constituição da República, visto que ele resguarda a legitimidade das eleições de modo a legitimar o exercício da democracia (GOMES, 2016).

O Processo Eleitoral possui ainda outra peculiaridade: ele não segue um procedimento único, padronizado para todas as ações, com mesmos prazos, e mesmos recursos cabíveis. Isso, por si só, dificulta a transposição das normas de Processo Civil para as normas de Processo Eleitoral.

Além disso, diversos desses procedimentos estão previstos em normativas distintas. Por exemplo, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo tem previsão constitucional, sendo regulada pelos parágrafos 10 e 11

²⁶ Entende-se que o processo eleitoral continua sendo negligenciado, ainda mais que o direito material eleitoral. A criação de um Código de Processo Eleitoral, incluindo normas de processo eleitoral civil e normas de processo eleitoral penal, representaria uma grande evolução para a autonomia processual eleitoral, de modo que sanaria as constantes dúvidas de aplicação ou dispensaria que fosse regulado pelo TSE através de uma norma não legislativa, como a que constitui objeto deste artigo.

²⁷ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

do artigo 14 da Constituição da República. A Ação de Investigação Judicial Eleitoral, por sua vez, ordena-se a partir do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/1990. A Ação de Perda de Mandato Eletivo é totalmente regulada pela Resolução nº 22.610/2007.

Denota-se que as ações específicas podem ser reguladas por diversos tipos diferentes de normas, apresentando cada uma delas com um rito distinto, com regras peculiares, prazos, instrução e consequências diferentes.

O Código Eleitoral, por sua vez, fixa algumas regras peculiares ao processo eleitoral que não permitem a interferência do Código de Processo Civil, afastando por completo a supletividade. São algumas delas: (i) os recursos eleitorais, em regra, não terão efeito suspensivo²⁸, diferente da regra do processo civil²⁹, que já autoriza o magistrado a deferir-lo tão logo receba o recurso; (ii) prazo de três dias corridos para a interposição de recursos, desde embargos de declaração, até recurso extraordinário³⁰; (iii) os prazos

²⁸ Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.

§ 1º A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do Tribunal, através de cópia do acórdão.

§ 2º O recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo será recebido pelo Tribunal competente com efeito suspensivo.

§ 3º O Tribunal dará preferência ao recurso sobre quaisquer outros processos, ressalvados os de habeas corpus e de mandado de segurança.

²⁹ Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

³⁰ Art. 258. Sempre que a lei não fixar prazo especial, o recurso deverá ser interposto em três dias da publicação do ato, resolução ou despacho.

são preclusivos com exceção dos recursos que discutam matéria constitucional, que pode ser alegada em próxima oportunidade³¹.

Essas normas, pois, saltam aos olhos de quem tem o primeiro contato com a matéria eleitoral. A imposição de prazo de três dias corridos para a interposição dos recursos por muitas vezes surpreende o mais desavisado, agravando-se, ainda, em período eleitoral³². Outro ponto, como dito, é a presunção de que os recursos não serão admitidos com efeito suspensivo, admitindo a exceção do parágrafo 2º do artigo 257, sendo necessária, por vezes, a propositura de uma ação cautelar autônoma (ainda possível na seara eleitoral) para alcançar o efeito almejado.

Além disso, com vistas à celeridade processual, a Lei nº 9.504 autoriza a intimação do candidato, durante o período eleitoral, por meio de fac-símile, sendo que o início do prazo é contado a partir do seu recebimento³³:

Além disso, insistindo na necessidade de celeridade e reduzindo a burocracia formal, também no período eleitoral autoriza-se o advogado a depositar no cartório eleitoral procuração ampla e genérica, sem que seja delimitado seu objeto, para que não se faça necessário apresentar nova procuração para cada processo (ou seja, deposita-se a procuração outorgada

³¹ Art. 259. São preclusivos os prazos para interposição de recurso, salvo quando neste se discutir matéria constitucional.

Parágrafo único. O recurso em que se discutir matéria constitucional não poderá ser interposto fora do prazo. Perdido o prazo numa fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser interposto.

³² Durante o período eleitoral, inclusive, os prazos podem iniciar e terminar em finais de semana e em feriados, os quais correr em cartório, que funciona em regime de plantão (PEDREIRA; LOBATO, 2016):

Art. 16. Os prazos a que se referem o art. 3º e seguintes desta lei complementar são preempatórios e contínuos e correm em secretaria ou Cartório e, a partir da data do encerramento do prazo para registro de candidatos, não se suspendem aos sábados, domingos e feriados.

No âmbito do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, por exemplo, o plantão eleitoral perdura em dias úteis das 12 às 19h, e, em dias não úteis, das 14 às 19h (Resolução TRESC nº 7.942/2016).

³³ Art. 96-A. Durante o período eleitoral, as intimações via fac-símile encaminhadas pela Justiça Eleitoral ao candidato deverão ser exclusivamente realizadas na linha telefônica por ele previamente cadastrada, por ocasião do preenchimento do requerimento de registro de candidatura.

Parágrafo único. O prazo de cumprimento da determinação prevista no caput é de quarenta e oito horas, a contar do recebimento do fac-símile.

por certo candidato, que valerá para o pedido de registro, resposta à impugnação de candidatura, eventual impugnação a outro candidato, valendo o mesmo para o partido político) indicando número de fax e telefone para recebimento das citações, intimações e notificações (COELHO, 2011).

Pode-se ainda apontar como peculiaridade do Processo Eleitoral a intimação de advogados por meio de mural eletrônico. Ou seja, no período eleitoral, as intimações não são publicadas no diário oficial, mas sim em ambiente próprio alocado no site do tribunal respectivo, cabendo ao advogado fazer a consulta diária para tomar ciência das intimações³⁴. Esse sistema é autorizado pelo parágrafo 5º do artigo 94³⁵ da Lei nº 9.504, regulado no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina pela Resolução nº 7.948/2016³⁶.

Percebe-se, pois, que o Direito Eleitoral possui peculiaridades que lhe são próprias, de modo que é preciso analisar detidamente princípios e

³⁴ Aos mais curiosos, é possível visualizar o mural eletrônico do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina no site dessa corte através do link: <<http://www.tre-sc.jus.br/mural-eletronico/appview/muraleletronico/consultaMuralEletronicoForm.faces>>. Acesso em: 13.11.2018.

³⁵ Art. 94. Os feitos eleitorais, no período entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, terão prioridade para a participação do Ministério Público e dos Juízes de todas as Justiças e instâncias, ressalvados os processos de habeas corpus e mandado de segurança.

[...]

§ 5º Nos Tribunais Eleitorais, os advogados dos candidatos ou dos partidos e coligações serão intimados para os feitos que não versem sobre a cassação do registro ou do diploma de que trata esta Lei por meio da publicação de edital eletrônico publicado na página do respectivo Tribunal na internet, iniciando-se a contagem do prazo no dia seguinte ao da divulgação.

³⁶ Art. 2º Durante o período referido no art. 1º, as intimações de atos judiciais com previsão de realização por edital/mural eletrônico ou por publicação em Cartório/Secretaria serão veiculadas no Mural Eletrônico existente no sítio do Tribunal na internet, inclusive aos sábados, domingos e feriados (Resolução TSE nº 23.455/2015, art. 38; Resolução TSE nº 23.462/2015, art. 8º, § 5º, e art. 15; Resolução TSE nº 23.463/2015, art. 84, §1º).

Parágrafo único. Entende-se por atos judiciais os despachos, sentenças e decisões monocráticas, inclusive as interlocutórias e as liminares, proferidas pelos Juízes Eleitorais, Juízes do Pleno, Juiz Corregedor e Juiz Presidente.

Art. 3º As intimações de atos judiciais publicadas no Mural Eletrônico serão realizadas diariamente, a partir das 21 horas, contando-se o prazo na forma do art.13, e ficarão disponíveis aos interessados, podendo ser visualizadas pela data da publicação e pesquisadas por unidade judiciária ou nome do procurador das partes.

normas alheias ao microsistema antes de serem aplicadas, como é o caso do negócio jurídico processual.

4 Incompatibilidade entre o negócio jurídico processual e o sistema eleitoral

O microsistema do Direito Eleitoral é bastante amplo, relacionando-se com diversas outras esferas e trazendo para seu bojo muitas das normas que originariamente são de campos diversos. Assim, pode-se dizer que ele tangencia, em maior ou menor escala, o direito constitucional, a ciência política, a teoria geral do Estado, a teoria geral do direito, o direito civil, o direito administrativo, o direito penal e, ainda se pode afirmar que em grande escala com os direitos processuais penais e civis, sendo aqui estudada uma pequena parte dessa relação.

Contudo, a despeito dessa similitude e ainda de se ter vislumbrado que tanto o negócio jurídico processual quanto o direito eleitoral material derivam do Estado Democrático de Direito, não se pode concluir que são totalmente compatíveis.

Conforme visto, o processo eleitoral apresenta características frágeis que envolvem as muitas minirreformas implementadas, o Código Eleitoral editado durante a ditadura militar, a incerteza gerada pela constante edição de Resoluções pelo Tribunal Superior Eleitoral. Assim, acredita-se ser temerário possibilitar que o Processo Eleitoral, já repleto de peculiaridades e de incertezas, seja alterado livre e discricionariamente pelas partes.

Pelo apontado anteriormente, nota-se que o Processo Eleitoral já sofre anualmente inúmeras interferências e modificações por meio, principalmente, das Resoluções do TSE³⁷, pondo em xeque a estabilidade processual e a segurança jurídica. Nesse ponto, repete-se, ampliar a instabilidade permitindo que as partes disponham livremente sobre o procedimento judicial imporia verdadeiro caos, levando-se em conta, também, a celeridade necessária inerente a essas ações.

³⁷ Marcelo Abelhas Rodrigues (2010, n.p.) defende que: “Assim, embora o papel do TSE esteja limitado a expedir resoluções e instruções que apenas deem fiel cumprimento à lei, a grande verdade é que tal órgão tem se imiscuído no papel de legislar, e, tem feito isso sob a justificativa (verdadeira) de que na ausência de norma federal – muitas vezes proposital – não poderia deixar o direito material eleitoral à mercê da vontade – ou falta de – do congresso nacional.”

A necessidade de julgamento iminente e os curtos prazos característicos da Justiça Eleitoral decorrem do exíguo período eleitoral (reduzido ainda mais a partir das eleições de 2016), de modo que admitir o negócio processual, da forma como preconizado pelo Código de Processo Civil³⁸, significaria retirar a essência do Processo Eleitoral.

É bem verdade que os negócios processuais podem, de acordo com o seu teor, produzir o salutar substrato da celeridade processual. Contudo, em se tratando de autorregramento das partes, essa circunstância reflete uma faculdade delas, as quais, assim como podem convencionar prazos menores, podem fazer o seu contrário, dilatando-os de modo a prejudicar a velocidade inerente ao processo eleitoral. Por outro lado, permitir que as partes estivessem aptas a reduzir ainda mais os já exíguos prazos eleitorais também traria prejuízos ao seu adequado funcionamento, na medida em que importaria em esmorecimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Todo o sistema processual eleitoral foi desenvolvido com vistas a garantir celeridade e eficiência às decisões. Um exemplo disso é a ordem emanada do artigo 94 e seu § 2º da Lei nº 9.504/1997, segundo o qual o descumprimento à prioridade dos feitos eleitorais, compreendidos entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, acarretará a imputação de crime de responsabilidade ao agente público, bem como será objeto de anotação funcional para efeito de promoção na carreira.

No mesmo sentido, o ministro do TSE, integrante da corte pela classe dos juristas entre o ano de 1983 e 1990, Roberto Rosas (1999), confirma a singularidade atinente ao Processo Eleitoral por conseguir implementar a tão sonhada rapidez no judiciário, uma vez que se revela célere. Segundo o autor, diante do curto período eleitoral³⁹ é fundamental que assim seja.

³⁸ Lembra-se de que, de acordo com o artigo 190 do diploma processual, o juiz não tem a liberdade de vetar um negócio jurídico processual praticado por partes capazes e isonômicas, que não esteja maculado por alguma nulidade, nem tenha sido incluído de forma abusiva em contrato de adesão.

³⁹ Em seu artigo, Roberto Rosas faz referência ao período eleitoral que começava em abril e terminava em outubro, com o resultado das eleições. Contudo, em 2015, a Lei nº 13.165 alterou o disposto no artigo 11 da Lei nº 9.504/1997, postergando o registro das candidaturas para 15 de agosto, encolhendo ainda mais o prazo de campanha propriamente dito.

Ademais, a incompatibilidade processual civil, ao analisar regras básicas do processo eleitoral, confronta diretamente com a ideia de aplicação irrestrita dos institutos previstos naquele diploma. Por exemplo, de definição e contagem de prazo. Como dito, o processo eleitoral tem como prazo referência de interposição recursal três dias contados de forma corrida (podendo iniciar e finalizar em finais de semana e em feriados durante o período eleitoral). Isso vai de encontro à regra processual civil que define a contagem do prazo exclusivamente em dias úteis e prevê prazo único para interposição de recurso e apresentação de resposta, excetuando os embargos de declaração, de 15 dias.

Para fins de esclarecimento, admitindo-se que fosse possível a aplicação do artigo 190 do Código de Processo Civil ao Processo Eleitoral, imagina-se que as partes acordassem modificações no procedimento previsto no âmbito eleitoral. Dessa forma, digamos que elas hipoteticamente definissem o prazo de 15 dias úteis para apresentação de contestação, período igual para réplica, audiência sem limite de testemunhas e indicadas a qualquer momento⁴⁰, outros 20 dias para interposição de recurso, ou, ainda, que a instrução dos feitos relativos a eleições municipais seria feita pelos tribunais regionais. O procedimento que elas instaurariam dilatária em muito o preconizado pela legislação. Além disso, geraria grandes transtornos – tanto para a população, quanto para a justiça eleitoral – visto que, por exemplo, poderia permitir a eleição de um candidato inelegível.

Ou seja, se tomarmos como base: (i) o caso acima presumido; (ii) o artigo 11 da Lei nº 9.504/1997, que estipula que os partidos e as coligações deverão, até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições, registrar, perante a Justiça Eleitoral, os seus candidatos; e (iii) a Emenda Constitucional nº 16/1997, que fixou que o 1º turno das eleições ocorreria no primeiro domingo de outubro, e o 2º turno, caso necessário, no último domingo de outubro, a situação anteriormente apresentada mostra-se de todo inviável.

⁴⁰ Nas ações de investigação judicial eleitoral (AIJE) previstas no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/1990, por exemplo, há muito a doutrina eleitoralista e a jurisprudência dessa justiça especializada já fixaram que o rol de testemunhas que se pretende serem ouvidas no bojo das Representações Eleitorais deve ser indicado na petição inicial pelo autor e na contestação, de modo que a sua ausência impõe a preclusão da produção da prova testemunhal (vide Agravo Regimental no RCED nº 671). Tanto é que o TSE editou a Res TSE nº 23.462/2015, aplicada às eleições municipais de 2016, que expressamente consigna, no artigo 27, § 1º que: § 1º As testemunhas deverão ser arroladas pelo representante, na inicial, e, pelo representado, na defesa, com o limite de seis para cada parte, sob pena de preclusão.

Alargando ainda mais o exemplo, considerando que o negócio jurídico processual acima relatado fosse aplicado a uma Ação de Impugnação de Candidatura na eleição presidencial de 2018, teríamos 66 dias entre o registro da candidatura do aspirante a presidente e a data do segundo turno. Nota-se que o curto período e as normas definidas pelas partes são em todo incompatíveis, de modo que a sua aceitação permitiria que o candidato impossibilitado fosse eleito presidente da república. Desnecessário, pois, descrever o cenário caótico que essa situação geraria.

Destaca-se que, independentemente de fundamentação teórica – apesar de pertinente –, é materialmente inviável permitir que as partes possam alterar o procedimento tão específico e singular como o eleitoral.

No campo doutrinário, por sua vez, colhe-se ensinamento conclusivo de José Jairo Gomes (2016, p. 67), segundo o qual: “Sendo o Direito Eleitoral ligado ao Direito Público, suas normas são de natureza cogente (*ius cogens*) ou imperativas. Não podem, pois, ser alteradas pela vontade dos particulares ou das pessoas e entidades envolvidas no processo eleitoral.”

Não bastasse, e principalmente, é de se destacar que não se trata exclusivamente de uma questão de incompatibilidades formais, temporais, processuais ou procedimentais, mas, principalmente, do fato de o Direito Eleitoral derivar diretamente da Constituição, e representar um dos principais meios para a efetivação da democracia.

A sociedade clama por liberdade, por representatividade, por segurança – e com muita propriedade, dado o histórico do nosso país –, contudo, não se pode, em nome desses desejos, ultrapassar o bem maior: a garantia de efetividade e manutenção da democracia.

Admitir a total liberdade das partes de alterar o procedimento eleitoral significa atribuir-lhes poder dotado da aptidão de, como demonstrado no exemplo, desvirtuar por completo o objetivo do Direito Eleitoral. É antidemocrático pensar em autorizar a eleição e manter no poder por quatro anos alguém que não foi honesto com a população e ganhou o pleito nas urnas em decorrência de omissão de fato pré-constituído sabidamente causador de inelegibilidade.

Evidente que há situações em que a vontade popular merece prevalecer sobre o ativismo judicial, contudo, em hipóteses extremas de causas constitucionais de inelegibilidade, ou de falhas tamanhas que mancham o direito passivo ao sufrágio, não se pode admitir que as partes tenham um poder maior que o da república e definir quem representará o povo pela legislatura seguinte.

Nesse sentido, é de se refletir que, mesmo quando se fala em Processo Civil, de um modo geral, tem-se uma noção de sua natureza pública. Essa natureza, contudo, em se tratando de Processo Eleitoral, fica deveras reforçada em razão das consequências que traz para a coletividade como um todo.

Os interesses discutidos na seara eleitoral ultrapassam a esfera de interesses meramente pessoais de autor e réu (como comumente ocorre nos litígios civis), na medida em que a sociedade como um todo, ao compactuar com o contrato social, passa a ser responsável pela preservação dos direitos e das garantias constitucionais. Ou seja, a preocupação deve ser com o bem maior, independentemente, nesse caso, da maior conveniência procedimental das partes.

Logo, quando um procedimento eleitoral é alterado, tornando-se mais moroso ou recebendo alguma restrição probatória convencionada que possa vir a acarretar dúvidas quanto à justiça da decisão final, não são apenas os litigantes que saem prejudicados, mas todo o Estado Democrático Brasileiro.

Lembra-se, por fim, de que o TSE editou a Resolução nº 23.478/2016, a qual definiu como se daria a aplicação do Novo Código de Processo Civil na justiça eleitoral. A resolução, então, estabelece em seu artigo 11 que: “Na Justiça Eleitoral não é admitida a autocomposição, não sendo aplicáveis as regras dos arts. 190 e 191 do Novo Código de Processo Civil.”

Certo que a resolução não externa os motivos considerados para a edição de cada um dos artigos, mas de um modo ou de outro, pode-se perceber que a preocupação é difundida, o que resultou na impossibilidade de aplicação do negócio jurídico processual no direito eleitoral.

Dessa forma, ao confrontar a manutenção e a proteção de direitos fundamentais com a absorção de instituto alienígena não pensado para especificidades como as que circundam o Direito Eleitoral, não há dúvida de que a Constituição deve prevalecer e, portanto, negar aplicação do instituto do negócio jurídico processual a esse ramo do direito, reconhecendo-se a incompatibilidade entre o instituto do negócio jurídico processual previsto no Novo Código de Processo Civil e o Direito Eleitoral.

5 Considerações finais

A enfática valorização que vem sendo concedida ao autorregramento da vontade nos litígios instaurados perante o Poder Judiciário consiste em uma inegável tendência do Direito Processual Civil, rompendo

com paradigmas até então vigentes e instaurando novos. Contudo, como bem se pode notar, tal lógica não pode ser aplicada ao Processo Eleitoral.

Não se desconsidera a evolução que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe ao sistema jurídico brasileiro, contudo, deve-se aceitar os seus limites, não se admitindo recebê-lo com o ordenamento universal aplicável a qualquer procedimento não penal.

O Direito Eleitoral, com seu amplo fundamento constitucional, merece ser visto pelo que ele é: instrumento de concretização da democracia. Assim, não se pode pôr em risco os direitos e as garantias constitucionais ao bem da conveniência e da liberalidade das partes.

Portanto, como visto, o negócio jurídico processual é um instituto que, apesar de não ser novo, inovou o Processo Civil brasileiro e apresentou inúmeras vantagens na seara civil, inclusive, ao concretizar direitos dos cidadãos típicos do Estado Democrático contemporâneo.

Ele facilitou o acesso à justiça e a efetivação da ampla defesa, visto que molda o procedimento à necessidade das partes, evitando gastos excessivos, tanto temporal quanto financeiros (com peritos, dilação probatória, recursos indesejados).

O Processo Eleitoral, por sua vez, possui infinitas particularidades que o afastam do Processo Civil, de modo que, apesar de haver previsão expressa no novo diploma de que a sua aplicação será supletiva e subsidiária, essa leitura deve ser feita de modo consciente, detalhada e profunda, a fim de identificar e de respeitar os limites que devem ser respeitados.

Por fim, uma forma de evitar novos dilemas e impasses seria a edição do Código de Processo Eleitoral, o qual recepcionaria em seu texto os instrumentos disponíveis no Código de Processo Civil de forma que melhor se adaptasse, e aclararia as incompatibilidades de modo a prestigiar o sistema processual e, principalmente, a Constituição da República.

Referências

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 148, jun./2007.

BUCHMANN, Adriana. **Limites objetivos ao negócio processual atípico**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

COELHO, Alexandre Damasio. **Citação e intimação no processo cível eleitoral**. Blog de direito eleitoral e de direito público. jun. 2011. Disponível em: <<http://alexandredamasiocoelho.blogspot.com.br/2011/06/citacao-e-intimacao-no-processo-civel.html>>. Acesso em: 6 maio 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, 2011.

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

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 1. ed., out./dez. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

LENZA, Pedro (Coord.) **Direito eleitoral esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Rio de Janeiro, n. 40, p. 81-96, out./dez., 1983.

PEDREIRA, Rodrigo; LOBATO, Rafael. **A contagem de prazo no novo CPC e o processo eleitoral**. Revista Consultor Jurídico. 1 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-01/contagem-prazo-cpc-processo-eleitoral>>. Acesso em: 7 maio 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A subsidiariedade do CPC no processo eleitoral**. 2010. Disponível em: <http://www.marceloabelha.com.br/publi/A%20subsidiariedade%20do%20CPC%20no%20processo%20eleitoral_1_.docx>. Acesso em: 6 maio 2017.

ROSAS, Roberto. Justiça eleitoral: modelo e importância. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 27, p. 45-51, abr./jun. 1999.

SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 241, p. 95-109, mar. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Enunciado administrativo nº 1**, de 2 de março de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos>. Acesso em: 25 abr. 2017.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA. Resolução nº 7.942, de 9 de maio de 2016. Dispõe sobre os plantões judiciais de que trata a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. **Sala de Sessões do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina**, Poder Judiciário, Florianópolis, SC, 9 maio 2016. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/legislacao/resolucoes/tresc/2016/resolucao-tresc-n-79422016/index.html>>. Acesso em: 7 maio 2017.

_____. Resolução nº 7.948, de 4 de julho de 2016. Dispõe sobre a utilização do Mural Eletrônico da Justiça Eleitoral de Santa Catarina durante o período estabelecido em Calendário Eleitoral. **Sala de Sessões do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina**, Poder Judiciário, Florianópolis, SC, 4 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/legislacao/resolucoes/tresc/2016/resolucao-tresc-n-79482016/index.html>>. Acesso em: 7 maio 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Em São Paulo, ministro Gilmar Mendes fala sobre reforma eleitoral**. 6 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Marco/em-sao-paulo-ministro-gilmar-mendes-fala-sobre-reforma-eleitoral>>. Acesso em: 6 maio 2017.

VENAGLIA, Guilherme. **A conta e o faz de conta das eleições**. Revista Veja (on-line), 6 maio 2017. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/politica/a-conta-e-o-faz-de-conta-das-eleicoes/>>. Acesso em: 8 maio 2017.

Luiza Cesar Portella - Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Cesus. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Administração Empresarial pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC/ESAG). É advogada militante nas áreas de direito eleitoral e direito administrativo (Sócia do Escritório Menezes Niebhur Advogados Associados). É membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SC.

Luiz Magno Pinto Bastos Junior - Pós-Doutor pelo Centro de Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico da Universidade McGill (Montreal, Canadá). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), nas disciplinas de Direito Constitucional, Direito Eleitoral e Direitos Humanos no curso de Graduação em Direito. É advogado militante nas áreas de direito eleitoral e direito administrativo (Sócio do Escritório Menezes Niebhur Advogados Associados). É membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) e Academia Catarinense de Direito Eleitoral (ACADE). Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UNIVALI).

FINANCIAMENTO EMPRESARIAL DE CAMPANHA ELEITORAL E POSTERIOR RELAÇÃO COM O GOVERNO ELEITO: DIRETRIZES PARA O SISTEMA PREVENTIVO DE INFRAÇÕES PENAIS ELEITORAIS E DO ENDÊMICO MODELO DE CORRUPÇÃO¹

Corporate financing of electoral campaign and subsequent relationship with the elected government: guidelines for the preventive system of electoral criminal offenses and the endemic model of corruption

Roberto Ferreira Archanjo da Silva

Resumo: O presente trabalho visa a abordar de forma contextualizada o sistema eleitoral brasileiro, suas mazelas, peculiaridades legislativas, conquistas e as recentes discussões acerca do financiamento de campanhas eleitorais, o que diretamente nos remete ao estudo de condutas penalmente reprováveis realizadas no decorrer das atividades políticas, seja pelos partidos, seja pelos candidatos, seja até mesmos pelas entidades privadas que possuem interesses, por vezes, escusos, em patrocinar o pleito eleitoral. Quais são os limites ou controles necessários para legitimar a existência de subsídios públicos ou particulares em campanhas eleitorais? Diante de tantos escândalos envolvendo condutas corruptivas e imorais, é possível tornar o sistema de financiamento eleitoral eficiente? Tais pontos são discutidos na atual proposta de reforma política, e o presente estudo traz à tona a necessidade de estabelecermos diretrizes para o sistema preventivo de infrações penais eleitorais relacionadas ao financiamento de campanha e de práticas corruptas decorrentes de acordos com os financiadores. Além da transparência das atividades eleitorais, dos controles e limites rígidos de gastos, urge uma proposta de governo aberto e a própria efetivação da integridade empresarial, alteração recente no âmbito corporativo, mas que reflete na condução dos negócios e na cultura de combate à corrupção. Pela presente pesquisa, pode-se concluir que a existência de normas que regulam o sistema eleitoral não é suficiente para abranger a complexidade de atividades e agentes envolvidos no tema, o que torna necessária a criação de efetivos controles e demonstrações claras para a sociedade acerca da destinação da verba empregada, como forma inclusive de repudiar atos que sejam indecorosos e incoerentes com as ideias de Democracia e Cidadania. A educação é fundamental para desenvolver a cultura da intolerância à corrupção. A fim de assegurar a lisura do financiamento empresarial de campanha eleitoral e de evitar a prática da corrupção pelo doador em conjunto com o candidato eleito, o ordenamento jurídico brasileiro deve exigir que a empresa doadora comprove a efetividade do programa de integridade. A técnica de pesquisa é a documentação indireta, que abrange a pesquisa documental e bibliográfica. Esta permite o resgate factual e teórico das peculiaridades do financiamento empresarial de campanha eleitoral, por meio do confronto entre as correntes dogmáticas que formam os pilares centrais de sustentação das teses defendidas. Os métodos de procedimento utilizados são o histórico, o monográfico e o estático. O eixo fundamental da pesquisa está no método empírico-dialético, como arte de solucionar o problema, pautada na realidade (experiência jurídica) e no conhecimento do Direito em dado momento histórico. Em complementação, adota-se o método técnico-jurídico, mediante as concepções valorativas e sociais, para compreender o sentido dos enunciados normativos.

Palavras-chave: Financiamento de campanha eleitoral. Crimes eleitorais. Corrupção. Governo aberto. Transparência. Programa de *Compliance*.

¹ O presente tema foi exposto nas “Primeras Jornadas Binacionales de Derecho Comparado – Derechos Políticos e Instituciones Electorales”. Facultad de Derecho Universidad Nacional de Cuyo, Argentina, 16 de mayo de 2017.

Abstract: The present work aims to approach in a contextualized way the Brazilian electoral system, its ills, legislative peculiarities, achievements and the recent discussions about the financing of electoral campaigns, which directly refers us to the study of criminally reprehensible conduct carried out in the course of political activities, whether by parties, candidates or even by private entities that have vested interests, sometimes, to sponsor the electoral process. What are the limits or controls necessary to legitimize the existence of public or private subsidies in electoral campaigns? In the face of so many scandals involving corrupt and immoral conducts, is it possible to make the electoral financing system efficient? These points are discussed in the current proposal for political reform and the present study brings out the need to establish guidelines for the preventive system of electoral criminal offenses related to campaign financing and corrupt practices resulting from agreements with donors. In addition to the transparency of electoral activities, controls and rigid spending limits, a proposal for open government and the very effectiveness of corporate integrity, a recent change in the corporate sphere, but reflected in the conduct of business and in the anti-corruption culture. By the present research it can be concluded that the existence of norms that regulate the electoral system is not sufficient to cover the complexity of activities and agents involved in the subject, which makes necessary to create effective controls and clear demonstrations for the society about the destination of the money used, as a way of repudiating acts that are unseemly and incoherent with the ideas of Democracy and Citizenship. The education is extremely necessary to develop an anticorruption culture. In face to persecute an ethical way to subsidies the electoral campaigns by corporates and avoid the corruption practices by the sponsors, the Brazilian law needs to input the obligation for the companies that wants to donate to comprove the effectiveness of their compliance programs. The research technique is indirect documentation, which covers documentary and bibliographic research. This allows the factual and theoretical rescue of the peculiarities of the business financing of the electoral campaign, by means of the confrontation between the dogmatic currents that form the central pillars of sustentation of the defended theses. The procedure methods used are historical; monographic and; static. The fundamental axis of research is in the empirical-dialectical method, as an art of solving the problem, based on reality (legal experience) and on the knowledge of law at a given historical moment. In addition, the technical-legal method is adopted, through valuation and social conceptions, to understand the meaning of normative statements.

Keywords: Electoral campaign financing. Electoral crimes. Corruption. Open government. Transparency. Compliance program.

1 Introdução

A democracia foi retratada na Antiguidade como forma de governo. No século XIX, porém, foi considerada pelo marxismo como forma de governo da burguesia, o que a reduziu à mera ideologia.

Contudo, a História demonstra que a humanidade sofreu e sofre com governos que utilizam o poder para perseguir opositores, dominar a população por meio do medo e da limitação extrema da liberdade. Para isso, rompem com a democracia e adotam formas autoritárias de governar.

Esse problema é potencializado na sociedade contemporânea por diversos fatores, como a intolerância em suas diferentes faces (religiosa, geográfica, política, social, etc.), as relações entre os Estados soberanos e os povos no mundo globalizado, tensionadas pelo compartilhamento de problemas, entre eles a imigração, o refúgio, a pobreza, as guerras civis, as intervenções militares com interesses econômicos, as questões climáticas e o desmatamento.

Com isso, as pessoas sentem a necessidade de governos democráticos, ainda que não saibam exatamente o que essa expressão significa. Esse fenômeno “psicológico” cresceu no Brasil na década de 1980 e foi materializado no movimento das “Diretas Já”, que resultou na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988. Portanto, temos a certeza de que a democracia foi uma conquista do povo brasileiro.

Acontece que o Brasil passa por crises econômicas e éticas que facilitam o crescimento do pensamento popular pelo regresso ao autoritarismo. Esse fenômeno não é exclusivamente nosso, mas de movimentos de extrema direita, que clamam por um “salvador da pátria”, com perfil austero e patriótico para reorganizar a gestão pública.

Assim, surgem ameaças à democracia e ao Estado de Direito que podem resultar em medidas extremas para obter rápidos resultados, cujas condutas, no mais das vezes, não observam os limites constitucionais e legais sob a justificativa da eficiência.

Sem dúvida, a democracia não se resume ao direito de votar e ser votado. O exercício da democracia exige muito mais, conforme veremos adiante, mas a sua manutenção depende desse modelo de escolha dos representantes. Ocorre que o pleito eleitoral tem um custo financeiro bilionário em qualquer nação soberana, e o dilema mundial é: quem deve pagar a conta?

No Brasil, a conta sempre foi paga pela sociedade, por meio de doações pessoais e empresariais. Estas foram reputadas como injustas pelo Supremo Tribunal Federal porque reduzem as chances dos candidatos que não têm o apoio empresarial, além dos problemas éticos e penais no âmbito das próprias empresas que foram expostos ao público com o julgamento da ação penal 470, caso conhecido como “Mensalão”, e com as diversas etapas da “Operação Lava-Jato” no âmbito da Justiça Federal e dos Tribunais.

O presente artigo tem o propósito de enfrentar os problemas relacionados ao financiamento empresarial de campanha eleitoral, especificamente sobre a imoralidade e a corrupção empresarial e política.

Assim, desponta como problema a ser solucionado o seguinte questionamento: Quais os instrumentos adequados para assegurar a transparência na relação entre as empresas e os candidatos no pleito eleitoral e, posteriormente, com o governo?

Muitos desses instrumentos existem e podem direcionar as empresas, os candidatos e o governo para assegurar que as relações sejam éticas e lícitas, por meio de um sistema de controle efetivo, transparente e desburocratizado. Mas, devem ser organizados no sistema normativo, conforme o sistema jurídico que ora se propõe.

2 O que é democracia na República Federativa do Brasil?

A compreensão do significado de democracia é necessária para estabelecer as diretrizes do sistema preventivo de infrações penais eleitorais e concorrências em decorrência do financiamento empresarial de campanha eleitoral.

Embora o objeto de estudo seja a democracia, compartilhamos da advertência de Paulo Bonavides sobre a relevância do Estado de Direito, que parece uma utopia dos demagogos na sociedade contemporânea: “É como a democracia, a liberdade, às vezes o próprio Direito: certas pessoas só os reconhecem e estimam depois de violados ou conculcados, ou seja, durante a repressão, a ditadura ou o terror.” (BONAVIDES, 2007, p. 303).

Assim como a democracia, o Estado de Direito, independentemente dos conceitos estabelecidos pelos pensadores, caracteriza uma noção que o povo sente e compreende (BONAVIDES, 2007, p. 203).

Convém esclarecer que não se pretende debater o significado de democracia sob os pontos de vista ocidentais e orientais, tampouco sob as

ólicas social e liberal. Mas, somente, destacar três características relacionadas ao exercício do poder pelo povo ou em seu nome, que podem ser cumulativas, a fim de identificar o modelo adotado pela República Federativa Brasil, formalmente definida como um “Estado Democrático de Direito” no artigo 1º de sua Constituição, para, ao final, identificar um ponto marcante da democracia brasileira.

A democracia direta assegura a participação de todos os cidadãos no processo de tomada de decisões. Esse modelo foi adotado na Antiguidade, mas em sociedades massificadas é impossível reunir a maioria das pessoas em assembleia para tomar as decisões políticas.

Na democracia representativa, embora o poder político emane do povo, será exercitado pelos representantes eleitos por meio do voto direto e secreto. Por ocasião do exercício do poder constituinte originário, optou-se por uma democracia representativa, ao estabelecer que o poder popular deve ser exercido “por meio de representantes eleitos”². A fim de assegurar a democracia representativa, o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil define como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito o pluralismo político.

Entre os direitos políticos dos cidadãos, destaca-se o sufrágio universal, por meio do voto direto e secreto (conferido, inclusive, aos analfabetos). Também são definidas as regras sobre quem pode votar, de forma obrigatória ou facultativa, as condições de elegibilidade, entre outras disposições no artigo 14 da Constituição da República.

Diversos direitos fundamentais, decorrentes das conquistas da humanidade, são estabelecidos, tanto no âmbito nacional como no cenário internacional.

Jorge Miranda (2009, p. 214) destaca as características da democracia participativa na Constituição brasileira como os mecanismos de participação popular denominados plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Essa democracia, embora assegure aos cidadãos a participação direta na tomada de decisão, serve, no mais das vezes, para legitimar um governo autoritário por meio de consultas plebiscitárias, o qual manipula o povo com discursos populistas, cujos resultados são afirmativos, geralmen-

² Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

te acima de 90%, como ocorre desde os romanos na Antiguidade, na França de Napoleão, desembocando nas ditaduras ideológicas do século XX que se valeram de plebiscitos, como Stalin, Mussolini e Hitler. Essas consultas podem servir para tornar ilimitados os poderes do governante, executar um golpe de Estado (BONAVIDES, 2007, p. 311-312), entre outras medidas autoritárias.

Por isso, a democracia semidireta, como forma de consulta popular, deve ser exercida somente em períodos de estabilidade política, econômica, jurídica e social, nos quais as liberdades jurídicas são concretamente asseguradas, como os direitos de manifestação do pensamento, reunião, expressão política e ideológica, entre outros direitos fundamentais.

Além dessas características, existe no Brasil um importante instrumento de controle do poder público e de acesso à justiça, especialmente por isentar o autor de custas judiciais e de sucumbência, típico de uma democracia participativa, denominado ação popular³, a fim de assegurar o pleno exercício da cidadania, da moralidade pública e da preservação do patrimônio público, histórico e cultural. Isto é, ao lado do Ministério Público, qualquer cidadão pode impugnar, perante o Poder Judiciário, os atos da administração pública reputados como lesivos à coisa pública e aos direitos difusos.

Portanto, a democracia brasileira é representativa e participativa. Convém observar que a democracia não se resume às formas de exercer o poder, especificamente o direito de escolher os representantes e de exercer a cidadania por meio dos instrumentos que asseguram a participação popular. Significa, acima de tudo, o respeito aos direitos fundamentais, à promoção dos direitos sociais e da paz.

Caso tais direitos sejam violados, as garantias constitucionais e aquelas estabelecidas em Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos servem para o Poder Judiciário corrigir as ilegalidades e coibir os abusos de poder, até mesmo em decorrência da inevitabilidade do controle jurisdicional, pois nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída de apreciação judicial. Inevitavelmente, o conceito de cidadania foi ampliado para consi-

³ Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

derar toda pessoa, independentemente da possibilidade de exercer plenamente os direitos políticos, como sujeito de direitos e deveres, isto é, como cidadão inserido na sociedade (SILVA apud SILVA; MIRANDA, 2009, p. 224).

Ocorre que, no Brasil, esse modelo constitucional de democracia está ameaçado por movimentos antidemocráticos, eventuais e oportunistas, que utilizam as crises econômica e política, por meio de manifestações de grupos que clamam pela intervenção militar, como se fosse possível esquecer a própria história – os 20 anos de ditadura militar no Brasil. Os direitos conquistados pela humanidade, especialmente as liberdades jurídicas, como o direito de manifestação do pensamento, inclusive utilizado pelos próprios movimentos antidemocráticos, são cumulativos e não podem retroagir.

3 Sistema eleitoral brasileiro

O regime político brasileiro, como destacado alhures, está fundamentado na democracia, em que o povo elege quem serão os seus governantes. Fundamenta-se, ainda, no sistema presidencialista, que é composto por três poderes autônomos: Executivo, Legislativo e Judiciário⁴.

O sistema eleitoral é baseado no voto direto (e secreto), ou seja, o eleitor vota diretamente no candidato ao cargo a ser preenchido, por escrutínio secreto⁵. Porém, esse sistema é composto por dois subsistemas eleitorais, denominados majoritário e proporcional.

No primeiro subsistema, é consagrado o candidato que obtiver a maioria dos votos para os cargos (majoritários) de Presidente da República, governadores, senadores e prefeitos⁶.

No subsistema proporcional, o número de representantes políticos é distribuído proporcionalmente entre os partidos políticos concorrentes. Assim, o preenchimento de cargos é calculado pelo quociente eleitoral (número de votos válidos dividido pelo número de vagas a serem preenchidas) e partidário (número de votos válidos recebidos pelo partido dividido pelo quociente eleitoral). Esse cálculo está previsto na Resolução nº 23.456, de 15 de dezembro de 2015 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE)⁷.

⁴ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2010/09/processo-eleitoral>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Setembro/saiba-como-calculiar-os-quotientes-eleitoral-e-partidario-nas-eleicoes-2016>>. Acesso em: 8 set. 2017.

Cumprir esclarecer sobre este ponto que, no Brasil, os votos são direcionados ao partido que recebe as vagas, e não aos candidatos, ou seja, no exercício do direito ao voto o cidadão acredita escolher o candidato (pessoa), quando na verdade participa da escolha dos partidos que integrarão o governo, ao tratar da eleição de deputados Federais, deputados Estaduais/Distritais e vereadores.

3.1 Aspectos eleitorais na Constituição da República

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu artigo 1º como princípios fundamentais da República a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, destacando, em seu parágrafo primeiro, que todo o poder emana do povo que o exerce, como observado alhures, por meio de representantes eleitos ou diretamente (geralmente de forma subsidiária).

Ainda com relação ao exercício dos poderes políticos, o legislador constituinte destaca no artigo 14 da Constituição da República as condições e os requisitos para operacionalização da soberania popular por meio de representantes eleitos, estabelecendo a forma de alistamento eleitoral, as condições de elegibilidade, além de dispor mais adiante sobre a criação, a fusão, a incorporação e a extinção de partidos políticos, bem como a forma de prestação de contas e outras obrigações inerentes à atividade partidária.

O texto constitucional discorre também sobre a criação da Justiça Eleitoral⁸, órgão de jurisdição especializada que integra o Poder Judiciário e cuida da organização do processo eleitoral, a fim de garantir o respeito à soberania popular e à cidadania.

Os supramencionados dispositivos, de ordem constitucional, legitimam o sistema e o processo eleitoral brasileiro e garantem à sociedade segurança jurídica, tanto com relação à escolha de seus representantes, quanto a respeito da fiscalização necessária no decorrer das campanhas políticas e do cumprimento dos mandatos.

3.2 Regrimentos infraconstitucionais

Além das normas constitucionais, integram o sistema normativo eleitoral outras leis destacadas a seguir, que são responsáveis por regulamentar o cumprimento das premissas e garantias apresentadas pelo legislador constituinte.

⁸ Artigos 118 a 121 da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 do Código Eleitoral, é composta de normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente os de votar e ser votado.

Mesmo com a codificação, considerando a complexidade dos pleitos eleitorais, o sistema normativo eleitoral é amplo, o que dificulta a compreensão das regras e princípios e exige da Justiça Eleitoral a edição de Resoluções que antecedam as eleições para explicar o entendimento atual desse complexo sistema.

Podem ser destacadas as Leis nºs 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições; 9.096, de 19 de setembro de 1995, que dispõe sobre os partidos políticos, regulamentando os artigos 17 e 14, § 3º, V, da Constituição da República; 13.165, de 29 de setembro de 2015, que altera as Leis nos 9.504/1997, 9.096/1995 e o Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina.

A regulamentação dos dispositivos constitucionais por meio dos regramentos infraconstitucionais, embora necessária, a fim de adequar o ordenamento jurídico à realidade social, não deve ser excessiva, como ocorre com o sistema normativo eleitoral brasileiro, que muitas vezes se mostra incompreensível e ineficiente.

3.3 O processo de escolha dos representantes

O processo eleitoral no Brasil compreende as fases organizativas das eleições, sistematizado pela Justiça Eleitoral, em nível municipal, estadual e federal⁹.

Na esfera federal, a Justiça Eleitoral possui como órgão máximo o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e, em cada Estado da Federação e no Distrito Federal, há um Tribunal Regional Eleitoral (TRE), bem como juízes e juntas eleitorais¹⁰.

A Justiça Eleitoral organiza, fiscaliza e realiza as eleições regulamentando o processo eleitoral, examinando as contas de partidos e candidatos em campanhas, controlando o cumprimento da legislação pertinente em período eleitoral e julgando os processos relacionados com as eleições¹¹.

⁹ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/processo-eleitoral-brasileiro/funcionamento-do-processo-eleitoral-no-brasil>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

Embora as etapas de votação, totalização e divulgação dos resultados sejam as mais conhecidas, o processo eleitoral possui outras fases muito importantes como o cadastro eleitoral, a etapa de candidaturas, a prestação de contas e a logística eleitoral. Além disso, há ainda a fase de pós-eleições, que compreende, entre outras atividades, a diplomação dos eleitos¹².

A votação compreende o momento em que os representantes do povo são eleitos pelo povo, por isso, é a fase do processo eleitoral mais conhecida pelos cidadãos¹³.

A Justiça Eleitoral brasileira demonstra recorrente preocupação com a organização dos pleitos eleitorais, por isso, utiliza os recursos tecnológicos para torná-los seguros e eficientes, por meio da adoção de urnas eletrônicas, sistema inviolável de apuração dos votos e da identificação dos eleitores por meio do leitor biométrico.

Quando o processo de votação nas seções é finalizado, os dados são assinados digitalmente, gravados em uma mídia de resultado e encaminhados ao local próprio para transmissão¹⁴. No caso das localidades de difícil acesso, como aldeias indígenas e comunidades ribeirinhas, a transmissão é feita via satélite para o respectivo Tribunal ou zona eleitoral.

Depois de receber os dados, os Tribunais Regionais Eleitorais dão início ao procedimento de totalização dos votos (soma de todos os boletins de urna) e, em seguida, à divulgação dos resultados¹⁵.

O processamento das informações de uma eleição – com exceção dos resultados para o cargo de presidente da República – é feito no Tribunal Regional Eleitoral. A partir deste ponto, o sistema de divulgação dá publicidade ao número de votos para governador, senador, deputado federal, deputado estadual/distrital, prefeito e vereador¹⁶.

No caso de presidente da República, o Tribunal Superior Eleitoral faz tanto a totalização quanto a divulgação dos resultados. Além disso, celebra parcerias com veículos de comunicação (internet, rádio, TV, impresso) para divulgar as eleições e disponibiliza *softwares* que permitem ao usuário acompanhar a publicação dos resultados em tempo real¹⁷.

¹² Idem.

¹³ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/processo-eleitoral-brasileiro/votacao-totalizacao-e-divulgacao-das-eleicoes/totalizacao-dos-resultados-das-eleicoes>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

O sistema eleitoral brasileiro apresenta inovações tecnológicas que contribuem para o exercício da cidadania. Entretanto, como se verá adiante, o que se propõe discutir e trazer à reflexão com esta pesquisa são as formas de financiamento empresarial de campanha eleitoral, ou seja, como os candidatos e partidos captam recursos financeiros da sociedade, o que por vezes reflete na prática de condutas imorais e penalmente reprováveis e que trazem à tona o questionamento acerca da legitimidade desses processos.

4 Os principais problemas decorrentes do financiamento empresarial de campanha eleitoral

No presente tópico, os principais problemas decorrentes do financiamento empresarial de campanha eleitoral no Brasil serão destacados e as consequências jurídicas que culminaram na proibição dessa prática a partir de 2015, inicialmente por decisão do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, por modificação legislativa.

Parte dos problemas, embora antigos, vieram à tona com a descoberta do sistema endêmico de corrupção dos governantes pelos empresários que financiam desde as campanhas eleitorais até os desejos luxuosos dos detentores do poder e de seus familiares.

Surgem, surpreendentemente, manifestações de tolerância com atos de corrupção, como fossem condutas necessárias e éticas para realizar uma campanha eleitoral. Conferem um significado elástico à palavra “ética”, que pode ser definida como uma “ética da conveniência” (CORTELLA; BARROS FILHO, 2014, p. 9).

O custo das campanhas eleitorais aflora como o elemento justificador de práticas ilícitas e imorais de determinados candidatos, empresários e governantes, que ajustam uma retribuição futura na hipótese de vitória eleitoral, geralmente, asseguram a conquista de contratos vultuosos com a Administração Pública, por meio de processos concorrenciais sem lisura, com o sacrifício dos concorrentes e com o fornecimento de informações privilegiadas.

A campanha eleitoral de 2014 destinada à escolha de Presidente da República, Governadores e respectivos vices, além de Deputados Estaduais e Distritais, bateu recorde histórico, pois custou aproximadamente cinco bilhões de reais, dos quais cerca de 60% dos gastos foram realizados pelos três maiores partidos do país. As principais despesas foram com publicida-

de, impressão de material gráfico e apresentações no horário eleitoral. O Partido dos Trabalhadores e o Partido Social Democrata do Brasil gastaram, em média, um milhão de reais por cargo eletivo (TERENZI; URIBE; AZEVEDO, 2014).

As eleições de 2016 tiveram gastos mais modestos, cerca de dois bilhões, cento e trinta e um milhões de reais (CASTRO, 2016), como reflexo da proibição do financiamento empresarial de campanha eleitoral e da desestabilização de grandes empresas que financiavam, também ilegalmente, as principais campanhas eleitorais, por meio das operações da Polícia Federal nos últimos anos, com o auxílio do Ministério Público Federal e a autorização do Poder Judiciário, que resultaram nas prisões de expressivos empresários, ocupantes e ex-ocupantes de cargos eletivos, funcionários públicos e pessoas envolvidos com atos de corrupção.

Ocorre, portanto, que muitas empresas utilizaram o financiamento clandestino de campanhas eleitorais, e muitos candidatos se beneficiaram do sistema, com distribuições e recebimentos de valores e serviços não contabilizados, tampouco, declarados. Por isso, os gastos das campanhas eleitorais são muito superiores aos apurados oficialmente.

4.1 Financiamento empresarial clandestino de campanha eleitoral (“caixa dois”)

Como visto, para se eleger no Brasil, não basta ser popular ou apresentar propostas de interesse da maioria da sociedade: é preciso gastar muito dinheiro.

Ocorre que as remunerações dos cargos eletivos são incapazes de repor as vultuosas quantias gastas nas eleições. Levando em consideração o cenário econômico brasileiro, as pessoas físicas também não possuem capacidade econômica para financiar os elevados custos das campanhas eleitorais. Até as empresas deveriam observar os limites legais e as regras internas sobre as doações.

Com isso, popularizou-se a prática do financiamento empresarial clandestino de campanhas eleitorais, com distribuições e recebimentos de valores e serviços não contabilizados e não declarados, popularmente conhecido como “caixa dois” para campanha eleitoral.

A prática foi detalhada em colaboração premiada prestada por um dos sócios de uma grande empreiteira brasileira, que admitiu que três

quartos dos financiamentos de campanhas eleitorais eram clandestinos e os financiamentos regulares eram tratados como “bônus” (CARAZZAI, 2017), o que demonstra a excepcionalidade do cumprimento da lei para muitas empresas envolvidas nos casos de fraudes e corrupções para obter vantagens indevidas perante a Administração Pública.

Aqueles que recebem doações eleitorais clandestinas podem se tornar inelegíveis por abuso de poder econômico ou político, corrupção ou fraude, conforme estabelece a Constituição da República¹⁸ e a Lei nº 9.504/1997¹⁹. O instrumento jurídico para responsabilizar o candidato é a ação de impugnação de mandato eletivo e não se confunde com o recurso contra a diplomação previsto no artigo 262 do Código Eleitoral, cujos fundamentos são diferentes, embora os fins sejam idênticos (COSTA, 2004, p. 190; 224).

Essa conduta causa prejuízos imensuráveis à democracia e ao povo brasileiro, corrói a lisura do processo eleitoral, impede que os demais candidatos concorram com as mesmas oportunidades, transforma os adversários em inimigos, pois muitos são dizimados politicamente, torna a alternância de poder uma ficção, facilita a manipulação das massas por meio da poderosa publicidade, propicia o estabelecimento de uma ditadura legitimada pelo povo. Esses bens jurídicos fundamentais são lesionados e estão concretamente ameaçados pelo financiamento empresarial clandestino de campanha eleitoral. Constata-se que ramos extrapenais são insuficientes para tutelá-los, por isso, a intervenção penal é necessária e adequada – está legitimada²⁰.

A dogmática orienta que a repressão penal para salvaguardar a lisura do processo eleitoral exige uma ação prospectiva a fim de evitar fatos futuros (PONTE, 2008, p. 47), sem, contudo, estabelecer um direito penal do inimigo.

¹⁸ O mandato pode ser impugnado no prazo de 15 dias contados da diplomação, e a ação tramitará em segredo de justiça, nos termos do artigo 14, §§ 10 e 11, da Constituição da República.

¹⁹ Vide artigos 73 a 78, da Lei nº 9.504/1997.

²⁰ Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2012, p. 3) afirma que a regularidade das eleições e dos atos preparatórios para realizá-las são bens jurídicos “que assumem dignidade penal, ou seja, um grau de lesão ou ameaça suficiente a um bem jurídico, suficiente para autorizar o emprego de sanções penais e não meramente administrativas”.

Pode ser que nem todo financiamento de campanha eleitoral por “caixa dois” caracterize uma corrupção, mas não deixa de ser uma infração penal eleitoral.

Assim, imperioso destacar que essa prática de financiamento de campanha eleitoral aflora criminosa, embora não tipificada com a rubrica de “caixa dois”. Caracteriza, no mínimo, o delito de falsidade ideológica eleitoral, previsto no artigo 350 do Código Eleitoral²¹, desde que constate a potencialidade lesiva no documento objeto da falsidade (GOMES, 2010, p. 280), ou seja, deve ao menos ameaçar o pleito eleitoral.

Como o debate político enveredou para a questão da corrupção, convém esclarecer que a omissão da empresa sobre o financiamento de campanha eleitoral caracteriza o descumprimento de uma obrigação estabelecida na legislação eleitoral, especificamente no artigo 23, § 4º, da Lei nº 9.504/1997, que exige a emissão de recibo eleitoral, além das obrigações fiscais que requerem a declaração no imposto de renda. Logo, a informação deveria constar em documentos particular e público, cuja conduta se amolda ao comportamento (omissivo) penalmente relevante, previsto no artigo 350 do Código Eleitoral.

Caso a empresa financie parte da campanha eleitoral conforme as regras eleitorais e a outra parte sem contabilizar nem declarar, também estará caracterizado o descumprimento da obrigação eleitoral, e a conduta se amoldará ao referido tipo penal incriminador, pois inseriu “declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais”.

Para essas condutas omissivas o Código Eleitoral estabelece a pena de reclusão de um²² a cinco anos e multa quando a informação deveria constar em documento público, e de um a três anos e multa se deveria constar em documento particular. O Código confere tratamento mais severo, por meio de uma causa especial de aumento de pena, para o funcionário

²¹ Código Eleitoral: Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais: Pena – reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular. Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou a alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada.

²² A maioria dos tipos penais eleitorais não indica a pena mínima porque o artigo 284 do Código Eleitoral dispõe o seguinte: “Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão.”

público infrator ou se o objeto da falsificação ou da alteração é assentamento de registro civil.

Além do delito anterior, outros podem estar ligados ao financiamento empresarial clandestino de campanha eleitoral, como o crime contra o sistema financeiro nacional em decorrência da manutenção ou da movimentação de valores paralelamente à contabilidade exigida pelo ordenamento jurídico²³. Subsidiariamente, existe o crime contra a ordem tributária na hipótese de omissão que suprima ou reduza um tributo²⁴.

Agora, passaremos aos destaques sobre as condutas corruptas, isto é, aquelas que essencialmente criam uma expectativa de contrapartida em decorrência do financiamento de campanha eleitoral.

4.2 Corrupção eleitoral

O Código Eleitoral e a legislação especial dispõem sobre os crimes eleitorais, que podem ser definidos como as “condutas descritas na lei como atentatórias à lisura, transparência, correta formação e desenvolvimento do processo eleitoral, cuja resposta penal destina a seus responsáveis a imposição da correspondente sanção penal” (PONTE, 2008, p. 18).

Essa espécie de criminalidade é classificada como de “plástico”, pois possui vigência determinada (PONTE, 2008, p. 38), destina-se a proteger determinados bens jurídicos durante o pleito eleitoral.

Entre eles, destaca-se o crime de corrupção eleitoral, previsto no artigo 299 do Código Eleitoral²⁵, que contempla as condutas do candidato para obter e do eleitor para dar voto em troca de vantagem.

Considerando a gravidade e a extensão do dano ao pleito eleitoral e aos alicerces do Estado Democrático de Direito, a punição para esse delito, estabelecida entre um e quatro anos de reclusão, recebe severas críticas, como exterioriza Antonio Carlos da Ponte, ao considerar que o mandado de criminalização para combater com eficiência a corrupção eleitoral foi parcialmente atendido porque o delito eleitoral mais grave conta com “uma

²³ Lei nº 7.492/1986: Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação: Pena – Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

²⁴ Vide artigo 1º da Lei nº 8.137/1990.

²⁵ Código Eleitoral: Artigo 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

pena pífia que, em tese, será descontada em regime aberto e, na quase integralidade das vezes, permitirá sua substituição por uma pena restritiva de direitos e multa, ou por duas penas restritivas de direitos” (PONTE, 2008, p. 166).

Mais do que isso, embora não seja uma infração penal de menor potencial ofensivo, é possível suspender condicionalmente o processo antes da instrução criminal definitiva, pois a pena mínima não ultrapassa o patamar de um ano, conforme dispõe o artigo 89 da Lei nº 9.099/1995.

Esse delito exige a expansão do Direito Penal, no sentido adotado por Jesús-María Silva Sánchez (2011), para majorar a pena estabelecida e prevenir, efetivamente, a prática da corrupção eleitoral.

4.3 O modelo de corrupção endêmica

O crescimento populacional desordenado, os recursos científicos e tecnológicos desenvolvidos nas últimas décadas, os fenômenos da globalização e da massificação agravam os problemas (BECK, 2010, p. 23)²⁶ ou os tornam perceptíveis pela sociedade, potencializando a sensação de insegurança. Entre eles, destaca-se a corrupção em sentido amplo, entendida como todo ato no qual um dos interlocutores ou ambos, direta ou indiretamente, prometem, pactuam, oferecem, pedem, exigem o recebimento de vantagem indevida em prejuízo do Estado, nacional ou estrangeiro, ou até de particulares no âmbito privado conforme legislações estrangeiras, como a do Reino Unido, a da Alemanha, a da França, a da Itália e a da Espanha (GONTIJO, 2015, p. 84-146) e, por via reflexa, aplicável às corporações situadas no Brasil, que realizam transações internacionais. Vale observar que, no Brasil, existem propostas para tipificar o delito de corrupção no setor privado, como as contidas no Projeto de Código Penal e as no Projeto de Lei nº 3.163 de 2015, que tramitam no Congresso Nacional.

Essas práticas demonstram o desvio de caráter dos agentes pela ganância e pela insensibilidade com as demais pessoas físicas e jurídicas que suportam indevidamente prejuízos em benefício dos corruptos. São perversas por causar prejuízos difusos e, no mais das vezes, elevados à população, que afetam diretamente serviços essenciais, como as prestações de serviços

²⁶ Ulrich Beck observa que, “na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.” (BECK, 2010, p. 23).

de saúde, educação, segurança pública, cultura, lazer, entre outros direitos dos cidadãos e deveres do Estado. Também causam prejuízos imensuráveis às corporações privadas, com danos à imagem e desfalques que podem colocar em risco a sobrevivência da empresa.

A corrupção corrói as instituições públicas e privadas, por meio das práticas imorais e ilegais em busca de ganhos indevidos, não só pelos prejuízos financeiros, mas também sob o ponto de vista da moral coletiva de determinada instituição, pois pessoas são arregimentadas para participarem de alguma forma das práticas corruptas. Assim, são formados grupos com divisão de tarefas para executar fraudes, facilitar ou desviar o trâmite de procedimentos e protocolos institucionais, apoderar-se de bens e valores, dividir os proveitos e os proventos. Com isso, o modelo de corrupção se instala nas instituições e as práticas se tornam reiteradas, por isso, é denominada como endêmica.

A corrupção na esfera penal possui significado próprio e bem mais estreito do que aquele de uso corrente. Existem delitos que são considerados corrupções pela sociedade, mas que recebem outras denominações jurídicas, como o de concussão (artigo 316 do Código Penal), que se caracteriza, em síntese, pela coação/intimidação, praticada por agente público que se vale dessa condição, para obter vantagem indevida. Conforme ver-se-á, esse comportamento é mais grave do que aqueles classificados pela legislação penal como corrupção.

Para caracterizá-la é preciso preencher os elementos de um dos tipos penais incriminadores relacionados aos comportamentos do particular (ativa) e/ou do funcionário público (passiva). O Código Penal brasileiro confere tratamento severo a ambas corrupções, com penas de reclusão de 2 a 12 anos, além da multa.

A corrupção na esfera penal não exige o estabelecimento de relação bilateral, isto é, não é imprescindível o acordo entre corruptor e corrupto. Então, a afirmação que só há corrupto porque existe o corruptor não é verdadeira. O agente pode ser corrupto sem que o particular aceite a proposta, conforme se verá.

A conduta corrupta do particular é definida pelo Código Penal como ativa, ainda que a iniciativa seja do funcionário público, desde que aceite a proposta. Neste caso, haverá uma promessa de pagamento capaz de

caracterizar o delito. A corrupção ativa²⁷ se caracteriza como a conduta de qualquer pessoa que oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público, inclusive políticos eleitos, para praticar, deixar praticar, ou retardar ato de ofício (são aqueles que devem ser praticados independentemente de provocação). A oferta, se relacionada à vantagem indevida imediata, e a promessa, à vantagem indevida futura, na qual o agente procura celebrar um acordo com o funcionário público.

Quanto ao pacto celebrado entre os dirigentes ou colaboradores de empresas e os candidatos, caso se renove a partir da diplomação, ou seja, antes de assumir o cargo, responderão, respectivamente, por corrupções ativa e passiva. Caso a oferta seja apresentada no exercício do mandato, o particular também responderá por corrupção ativa. A pena do corruptor será majorada em um terço caso o candidato eleito ou alguém que integre o poder público retarde ou deixe de praticar o ato de ofício, ou, ainda, pratique infringindo qualquer regra do ordenamento jurídico.

Por outro lado, existia uma lacuna legislativa sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos aos Estados nacional e estrangeiro, suprida pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 e pelo respectivo Decreto (regulamentar) nº 8.420, de 18 de março de 2015. A seguir, trataremos das medidas que podem evitar ou reduzir as práticas corruptas no âmbito corporativo e preservar a lisura do pleito eleitoral.

Os comportamentos dos agentes públicos, entre eles os representantes eleitos pelo povo, independentemente do poder (legislativo, executivo e judiciário) e da esfera (federal, estadual e municipal), caso, em razão da função e partir da diplomação, receba, solicite ou celebre um acordo com particular a fim de obter uma vantagem indevida, responderá pelo delito de corrupção passiva²⁸, cujo tratamento penal, como destacado acima, é severo.

Mesmo assim, as práticas corruptas são constantes no Brasil, o que demonstra que o Direito Penal não é, e nem deve ser, o remédio de todos os males.

Agora, passaremos à análise dos limites ou controles necessários para legitimar a existência de subsídios públicos ou particulares em campanhas eleitorais, em busca de um sistema de financiamento eleitoral eficiente.

²⁷ Artigo 333 do Código Penal.

²⁸ Artigo 317 do Código Penal.

4.4 A reforma política: proibição do financiamento empresarial de campanha eleitoral

Há 14 anos tramita na Câmara dos Deputados uma proposta de emenda constitucional (PEC 77/2003) para estabelecer alterações significativas no sistema eleitoral brasileiro, entre elas, uma sobre o financiamento de campanha eleitoral. Nos últimos meses, essa discussão ganhou maior relevância em razão da criação de uma comissão especial para discutir as principais mudanças sugeridas pelos partidos²⁹.

Entre os pontos discutidos na referida reforma estão a redefinição do sistema eleitoral; as coligações partidárias; a implementação da cláusula de barreira que trata do período disponível para campanha em rádio e TV, de acordo com o fundo partidário; a periodicidade das eleições; o fim do sistema de reeleição; a alteração de voto obrigatório para voto facultativo; a duração dos mandatos; a idade mínima dos candidatos para posse dos cargos; o processo para suplência; e o ponto de estudo deste trabalho, que é o financiamento de campanha eleitoral.

Ao realizar um resgate histórico sobre o tema, nota-se que a Lei nº 9.504/1997 permitia a doação de empresas e pessoas físicas para financiamento de campanhas eleitorais, respeitados os limites de 2% do faturamento anual das empresas e até 10% do rendimento bruto referente ao ano anterior para pessoas físicas.

O Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada em 17 de setembro de 2015 (ADI 4.650), proibiu o financiamento de campanha eleitoral por empresas. O Ministro Relator Luiz Fux justificou a referida decisão nos seguintes termos: “A doação por pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano”.

Os financiamentos clandestinos de campanha eleitoral no Brasil foram expostos à população por ocasião do julgamento do “Mensalão” e, mais recentemente, com os casos descobertos pela “Operação Lava-Jato”, relacionados a inúmeras empresas que adotaram essas práticas em busca de

²⁹ Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/11/politica/1502405203_433613.html>. Acesso em: 28 ago. 2017.

contratações futuras com o poder público, como a Odebrecht, OAS entre outras. Esses fatos influenciaram a referida decisão.

Outra questão que influenciou o referido julgamento foi o impacto das doações empresariais nas campanhas eleitorais, tornando-as injustas, pois asseguram uma divulgação ampla para os candidatos financiados e reduzem as chances daqueles que não têm relações com as empresas.

Diante deste cenário, foi editada a Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, que altera o sistema normativo eleitoral com o fim de reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos partidos políticos e promover a participação feminina.

Especificamente sobre o financiamento de campanha eleitoral, restrito às pessoas físicas, estabelece regras e possibilita que candidatos façam doações para outros ou, ainda, utilizem recursos próprios para financiar a campanha, até o limite dos gastos previstos em lei.

Com relação ao recebimento de valores provenientes de fontes não permitidas ou não identificadas, seja pelos candidatos ou pelo partido, estes devem devolver os valores ou, não sendo possível, transferi-los para a conta única do Tesouro Nacional³⁰.

Bastaria a regra que somente permite a doação em dinheiro ou estimável de pessoas físicas. Mas a referida lei reafirma que permanece vedado o recebimento, direto ou indireto, de doação em dinheiro ou estimável, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de entidade ou governo estrangeiro, órgão da administração pública, direta e indireta, ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público, concessionário ou permissionário de serviço público, entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal, entidade de utilidade pública, entidade de classe ou sindical, pessoa jurídica, sem fins lucrativos, que receba recursos do exterior, entidades beneficentes e religiosas, entidades esportivas, organizações não governamentais que recebam recursos públicos, organizações da sociedade civil de interesse público³¹.

Tal normatização foi corroborada pela Resolução nº 23.463, de 15 de dezembro de 2015, do Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições de 2016, com proibição acerca da doação por pessoas jurídicas.

³⁰ Artigo 24 da Lei nº 13.165/2015.

³¹ Artigo 24 da Lei nº 9.504/1997.

Evidente que os candidatos e partidos políticos sentiram os impactos de tais alterações, levando em consideração o custo das campanhas eleitorais, por isso, inauguraram discussões sobre novas formas de financiamento de campanhas eleitorais, como veremos a seguir.

4.5 Proposta legislativa de financiamento público de campanha eleitoral

A Comissão Especial para Análise, Estudo e Formulação de Proposições Relacionadas à Reforma Política (CEPOLITI), da Câmara dos Deputados, anteriormente mencionada, apresentou em 17 de agosto de 2017 a discussão acerca de seu 3º relatório parcial, em conjunto com projeto de lei que propõe mudança significativa no modelo de financiamento de campanhas no Brasil³².

A proposta dispõe sobre o financiamento público de campanhas, tendo como seu centro a criação de um Fundo Especial para o Financiamento da Democracia (FFD), responsável pelo fornecimento de recursos públicos para todos os candidatos, sendo estes distribuídos e fiscalizados pela Justiça Eleitoral, no entanto, sem substituir o Fundo Partidário³³.

Anteriormente, em 10 de agosto de 2017, a Comissão Especial rejeitou, por 20 votos contra 4, o destaque do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que visava à exclusão do referido fundo especial. Pela proposta, 0,5% da receita corrente líquida seria destinado ao custeio do fundo. Estimou-se que seriam arrecadados, em 2018, cerca de três bilhões e seiscentos milhões de reais para essa atividade³⁴.

Segundo estudo realizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), cerca de 118 países contam com algum tipo de financiamento público para apoiar partidos ou campanhas eleitorais³⁵.

³² Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/535104-REFORMA-POLITICA-RELATOR-ANTECIPA-SISTEMA-ELEITORAL-MISTO-PARA-2022.html>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

³³ Idem.

³⁴ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/538901-COMISSAO-MANTEM-FUNDO-PUBLICO-PARA-FINANCIAR-CAMPANHAS-ELEITORAIS.html>>. Acesso em:

³⁵ Disponível em: <<http://www.oecd.org/governance/financing-democracy-9789264249455-en.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

Essa espécie de financiamento, de forma exclusiva, exige a divisão proporcional entre os partidos, conforme os votos obtidos na última eleição para deputados federais, a fim de assegurar que os partidos maiores recebam mais dinheiro do que aqueles com menor representatividade, desde que exista um teto, a fim de evitar a perpetuação dos maiores partidos no poder (CAMPOS; ASSIS JUNIOR, 2012, p. 38-39).

Em princípio, diversas organizações internacionais apontam que o financiamento estatal é benéfico para diminuir a influência de empresas, entretanto, o mecanismo deve ser acompanhado de outras fontes de financiamento, como doações de cidadãos, além da necessária fiscalização severa³⁶.

A definição por um modelo de financiamento de campanha eleitoral exclusivamente público ou privado não acabará com a corrupção, tampouco, com o financiamento clandestino (“caixa dois”).

No primeiro modelo, bilhões de reais serão custeados pelos cofres públicos, enquanto a população não tem acesso real a saúde, educação, segurança pública, esporte, lazer e cultura. Mesmo assim, vantagens serão oferecidas aos candidatos, como o custeio de despesas pessoais, para obter futuras vantagens em contratos com a administração pública.

No segundo, com permissão ou não, as empresas financiarão as campanhas clandestinamente e exigirão a contrapartida após a eleição, tanto que financiam de forma lícita e muitas vezes ilícita, partidos com ideologias completamente diferentes e, ao mesmo tempo, concorrem ou pretendem concorrer para fornecer bens ou serviços para a administração pública, o que demonstra o claro interesse em obter vantagens futuras e indevidas.

Considerando esse cenário, somos favoráveis, com todas as ressalvas contra as mazelas desse sistema, ao financiamento privado de campanha eleitoral. Por isso, é preciso estabelecer os instrumentos adequados para assegurar a transparência na relação entre as empresas e os candidatos no pleito eleitoral e, posteriormente, com o governo.

5 Considerações finais: diretrizes para o sistema preventivo de infrações penais eleitorais e contra a Administração Pública por empresas e candidatos

Após a contextualização política e legislativa do cenário brasileiro contemporâneo, desponta como meta desta pesquisa a identificação dos

³⁶ Idem.

modelos ou sistemas aplicáveis para prevenção das infrações penais relacionadas à corrupção, no período eleitoral e após as eleições a partir da diplomação dos candidatos eleitos.

É preciso romper com as condutas de alguns candidatos eleitos, embora não estimuladas, são supostamente legitimadas pelo povo por meio do pleito eleitoral, pela prestação de contas ineficiente e pela impunidade.

Assim, no presente capítulo, apresentamos mecanismos necessários para a lisura do processo eleitoral, a fim de assegurar a legitimidade e o cumprimento adequado dos mandatos, isto é, sem práticas corruptas e desleais. Consequentemente, alcançar resultados positivos para a sociedade brasileira.

5.1 Mudança de cultura, transparência eleitoral, limites rígidos de gastos e controles eficientes

A lisura de qualquer atividade depende de condutas leais, de limites claros, precisos e rígidos e, ainda, de controles efetivos. Quanto aos problemas identificados nesta pesquisa sobre o financiamento empresarial de campanha eleitoral, inúmeras medidas devem ser implementadas, com especial destaque para o necessário investimento em educação, a fim de propiciar às futuras gerações uma cultura intolerante com atos de corrupção, a observância aos regramentos da publicidade (transparência) e dos limites intransponíveis de gastos eleitorais para possibilitar o efetivo controle das atividades dos candidatos, partidos políticos, agentes eleitos e empresas doadoras.

Convém destacar o cenário brasileiro relacionado às medidas que devem ser implementadas.

É difícil admitir, mas a qualidade da educação no Brasil não avançou. Praticamente não há qualquer preocupação com uma formação ética e cidadã. As famílias no passado cumpriam esse papel, mas foram transformadas pelas aflições do mundo globalizado. Os pais convivem pouco com seus filhos, pois passam a maior parte do tempo imersos no trabalho, além do tempo que levam nos precários sistemas de transporte público ou no caótico trânsito das cidades brasileiras. Não há planejamento, tampouco, planos de impacto (real) dos empreendimentos no trânsito rodoviário.

Curiosamente, o efeito pedagógico que pode reduzir a tolerância à corrupção decorre das descobertas recorrentes dos delitos perpetrados por ocupantes dos mais elevados cargos da república brasileira e pelos detentores do poder econômico que administram as grandes empresas que

operam no país, amplamente divulgados pela imprensa mundial e que resultaram nas prisões de pessoas que eram acobertadas pelo endêmico sistema de corrupção. Ao nosso ver, essa mudança decorre da renovação (iniciada em 1997) e valorização da Polícia Federal, cujos resultados são alcançados simplesmente por meio de atividades de inteligência que evitam o enfrentamento armado das organizações criminosas e conduzem às prisões dos referidos poderosos.

Assim, o Brasil começou, gradativamente, a engajar-se no combate à corrupção e a adotar iniciativas que levem à mudança cultural, a fim de promover condutas éticas e lícitas, nos setores público e privado.

O Tribunal Superior Eleitoral disciplinou, na Resolução nº 23.435, de 5 de fevereiro de 2015, questões relacionadas ao acesso à informação, e estabeleceu regramentos para garantir a maior transparência possível aos destinatários desses dados, isto é, a população brasileira.

Devem ser ampliados os investimentos em mecanismos que viabilizem, otimizem e estimulem a transparência das atividades praticadas em nome ou pelo governo, especialmente no que diz respeito ao processo eleitoral, limitando inclusive os gastos inerentes às atividades partidária e política, a fim de evitar o abuso do poder econômico, preservando, assim, o processo democrático de escolha dos representantes do povo.

Tal forma de controle e publicidade se reveste como prestação de contas à sociedade, tanto com relação aos processos e às peculiaridades previstas na legislação, quanto com relação ao dispêndio de recursos públicos para manter a máquina governamental em funcionamento.

O sistema de controle da justiça eleitoral integrado pela população que pode noticiar as infrações, a Polícia Federal que apura as infrações penais, o Ministério Público Eleitoral que recebe as notícias, demanda a Polícia para apurar os delitos e, por fim, propõe as ações civis e penais para obter um provimento perante à Justiça Eleitoral, que acumula o papel de jogar as contas dos candidatos e partidos³⁷, é ineficaz.

³⁷ Lei nº 9.504/1997: “Art. 30. A Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo: I - pela aprovação, quando estiverem regulares; II - pela aprovação com ressalvas, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade; III - pela desaprovação, quando verificadas falhas que lhes comprometam a regularidade; IV - pela não prestação, quando não apresentadas as contas após a notificação emitida pela Justiça Eleitoral, na qual constará a obrigação expressa de prestar as suas contas, no prazo de setenta e duas horas”.

As atividades estão revestidas de extrema burocracia estabelecida no universo de leis e resoluções eleitorais, sem qualquer agilidade e eficiência na apuração das infrações.

O efetivo controle das atividades dos candidatos, partidos políticos, agentes eleitos e empresas doadoras depende, ainda, do estabelecimento de um modelo administrativo (sem a interferência do Poder Judiciário) de prestação e aprovação de contas eleitorais, cujas informações devem ser processadas conforme o rigoroso método de auditoria adotado pelas empresas, que preza pela fidedignidade dos registros financeiros e pelo cumprimento dos limites legais.

Caso os dados sejam inconsistentes, o Ministério Público deve acessar o Poder Judiciário por meio de ações de impugnação da candidatura ou de cassação do mandato. A Justiça Eleitoral deve ser demandada somente na hipótese de infração eleitoral, portanto, é preciso descentralizar a atividade de controle das contas, a fim de assegurar a celeridade processual e a desburocratização desse controle.

5.2 Governo aberto

Como anteriormente exposto, para trabalharmos em um sistema preventivo de infrações, sejam essas penais eleitorais ou funcionais após a diplomação, faz-se necessário estabelecer mecanismos de controle e transparência, que possibilitem que a população tenha acesso às informações relacionadas ao governo e aos recursos públicos.

Essa é uma das propostas da parceria para Governo Aberto (em inglês, *Open Government Partnership* – OGP), que é uma iniciativa internacional, com objetivo de difundir e incentivar globalmente práticas governamentais relacionadas à transparência dos governos, ao acesso à informação pública e à participação social³⁸.

A OGP foi lançada em 20 de setembro de 2011, e o Brasil é um dos oito países fundadores da parceria³⁹.

Como membro da OGP, o Brasil implementou inúmeras iniciativas de governo aberto, que estão em diferentes estágios. Algumas representam mudanças legais e administrativas com o propósito de aprimorar a gestão pública do país. Mesmo assim, ainda precisa estabelecer um regra-

³⁸ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/governo-aberto>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

³⁹ Idem.

mento legal claro e objetivo, para que a Administração Pública em geral, em todas as esferas, exerça um governo realmente aberto, a fim de assegurar o acesso à informação e o controle dos atos do poder público pelos titulares do poder – o povo brasileiro.

5.3 Integridade empresarial (compliance)

As empresas no Brasil, por influência legislativa e econômica estrangeira, passaram recentemente a se preocupar com a prevenção de infrações e o comportamento ético de seus colaboradores, uma vez que a má reputação pode gerar prejuízos irrecuperáveis e danos à imagem das empresas. Até mesmo grupos empresariais fortemente estruturados há anos podem ser levados à bancarrota.

Como destacado alhures, os resultados da ação penal 470 (“Mensalão”), que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, foram expostos pela mídia para demonstrar o abuso de poder dos mandatários políticos e de inúmeras empresas que os patrocinavam e se valiam dessa proximidade para obter vantagens econômicas indevidas, como contrapartidas, em prejuízo da lisura do processo democrático, do Estado e do povo brasileiro, agravando as crises política, econômica e moral.

A democracia brasileira foi prejudicada pelos pleitos eleitorais viciados pelos atos de corrupção praticados por candidatos em coautoria com empresários, pois os resultados eleitorais foram influenciados pelos investimentos clandestinos e superiores aos oficialmente declarados.

O cenário empresarial brasileiro, influenciado pelos referidos resultados, pressionou o poder político para editar uma legislação que trate da corrupção no âmbito corporativo, o que resultou na aprovação e promulgação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

A chamada Lei Anticorrupção ou “Lei da empresa limpa” trouxe grande inovação ao ordenamento jurídico, dispondo pela primeira vez sobre a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas que praticam infrações contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Vale destacar que, a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (PETRELLUZZI; RIZEK JUNIOR, 2014, p. 51).

Dentre as infrações arroladas na supramencionada lei, encontra-se desde a prática de corrupção, seja em sua forma convencional ou pelo

financiamento ou custeio da prática, bem como traz disposições acerca de infrações no tocante a licitações e contratos públicos.

A referida alteração legislativa impôs às corporações a obrigação de adotar medidas de conscientização a fim de modificar a cultura organizacional. Com isso, desenvolvem programas de integridade corporativa, considerando que o mercado brasileiro foi conivente por anos com práticas infracionais, cujas sanções são severas e muito arriscadas para as entidades privadas (NEGRÃO; PONTELO, 2014, p. 44).

O Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, no artigo 41, define como programa de integridade no âmbito empresarial o:

Conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Neste sentido, para atingir o público empresarial, incluindo seus colaboradores, fornecedores e prestadores, que, por vezes, compreende pessoas em diferentes localidades, culturas e realidades, faz-se necessária a implementação de programas de treinamento baseados em riscos, além de ações efetivas de *endomarketing*, para gerar a consciência necessária sobre a condução dos negócios de forma ética e em consonância com a legislação vigente.

Ademais, a existência de controles internos efetivos também se transformou em um importante pilar empresarial, uma vez que os procedimentos bem estruturados são claros e evitam desvios de conduta (NEGRÃO; PONTELO, 2014, p. 46).

Outro ponto diretamente ligado aos controles internos é a contratação de auditorias independentes, o que possibilita certificar que os procedimentos internos são os necessários para as atividades da empresa e que estes não possuem vulnerabilidades capazes de expô-la a riscos, sejam estes legais ou relacionados à sua imagem e capacidade de manter credibilidade perante o mercado.

Cabe ainda tratar das estruturas empresariais para descobrir as infrações executadas por seus colaboradores, clientes ou fornecedores. A principal porta de entrada das notícias de infrações é o denominado “canal de denúncias”, que tem por objetivo viabilizar a comunicação entre as partes relacionadas com a empresa, para que aquelas possam trazer a

conhecimento situações que estejam em desacordo com o ordenamento jurídico ou até mesmo em dissonância com os valores estabelecidos como fundamentos da empresa.

A efetividade desse canal de comunicação depende de treinamentos e campanhas internas de conscientização permanente, especialmente em países de origem latina, como o Brasil, que resistem à ideia de delatar o infrator, como se aquele que aponta a irregularidade fosse um traidor, mesmo sem qualquer pacto celebrado com o infrator.

O supramencionado canal de comunicação tem se mostrado como uma grande fonte de notícias e, portanto, uma importante ferramenta no meio corporativo para obter informações sobre condutas indevidas, que outrora só seriam levadas a conhecimento das organizações quando da realização de investigações oficiais, momento em que estas precisariam levantar detalhes, documentos e demais evidências como forma de defesa e não como de prevenção e apuração.

Neste sentido, outro ponto de investimento das grandes empresas diz respeito ao processo de investigações internas, com vistas a identificar as práticas infracionais, seus autores, os respectivos impactos na organização, bem como as providências administrativas e judiciais aplicáveis, possibilitando que as organizações, além de aplicarem as medidas disciplinares necessárias como advertência, suspensão e demissão, possam também requerer as medidas civis e penais para responsabilização e reparação dos danos (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 345).

O que se demonstra de mais positivo neste contexto de alteração legislativa e do âmbito corporativo diz respeito à alteração na consciência empresarial sobre as formas de realizar e conduzir negócios e quanto isso traz de impactos positivos para a sociedade, que passará a ter desde prestadores de serviços a produtores e distribuidores atuando de forma legítima e honrosa, sem contar com artifícios ilícitos ou relações antiéticas para manter as atividades no mercado.

Desta forma, a legislação brasileira deve exigir a existência de programa de integridade para admitir o financiamento empresarial de campanha eleitoral, comprovado por registros de treinamentos periódicos dos colaboradores, de apoio da alta administração, por exemplo, por meio de discursos do presidente da companhia, de campanhas internas de conscientização, de efetividade do canal de “denúncias” de irregularidades, de eficiência dos controles internos, de contratação periódica de auditores inde-

pendentes, e, por fim, de adoção de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública.

Referências

- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **Teoria do estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAMPOS, Hélio Silvio Ourém; ASSIS JUNIOR, Moises Pereira de. Financiamento público de campanhas eleitorais. **Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 25-45, 2012.
- CARAZZAI, Estelita Hass. Com caixa dois, doação oficial era bônus, segundo Marcelo Odebrecht. **FOLHA DE S. PAULO**, Curitiba, 12 abr. 2017. Poder. On-line.
- CASTRO, Fabrício de. Gastos nas campanhas municipais de 2016 somam R\$ 2,131 bilhões, diz Gilmar Mendes. **O ESTADO DE S. PAULO**, São Paulo, 2 out. 2016. Política. On-line.
- CORTELLA, Mario Sergio; BARROS FILHO, Clovis de. **Ética é vergonha na cara!** São Paulo: Papirus 7 Mares, 2014.
- COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GOMES, Suzana de Camargo. **Crimes eleitorais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. São Paulo: Atlas, 2012.
- GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. **O crime de corrupção no setor privado**: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Coimbra: Coimbra, 2009.

NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas.** Brasília: Senac, 2014.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata.** São Paulo: Saraiva, 2014.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais.** São Paulo: Saraiva, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal.** 2. ed. Trad. Luiz Octavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e democracia: instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: SILVA, Marco Antonio Marques da; Jorge Miranda, MIRANDA, Jorge (Coords.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana.** 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015.

TERENZI, Gabriela; URIBE, Gustavo; AZEVEDO, Rayanne. Custo de R\$ 5 bilhões faz eleições deste ano baterem recorde histórico. **FOLHA DE S. PAULO**, São Paulo, 30 nov. 2014. Poder. On-line.

Roberto Ferreira Archanjo da Silva - Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) - Autarquia Municipal; Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu – Especialização em Direito Processual Penal da Escola Paulista da Magistratura (EPM); Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP; Especialista em Direito Processual Penal pela EPM.

A UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NO DIREITO ELEITORAL

The use of the institutes of proportionality and reasonableness in electoral law

Alex Sandro Barbosa dos Santos

Rogério Carlos Born

Resumo: Nos casos em que se deve proceder um juízo de ponderação, exige-se fundamentação detalhada com a demonstração dos critérios específicos, conforme previsão do artigo 489, § 2º, da Lei 13.105, de 2015, sob pena de não se ter a adequação entre as razões de decidir e a decisão, o que prejudica a justificação e, portanto, a legitimidade do ato judicial perante os jurisdicionados e o próprio poder público. No direito eleitoral brasileiro, o legislador cria tipos abertos e fechados de normas, porquanto, quando a lei fixa uma conduta proibida em um tipo aberto, excepcionalmente permite ao magistrado a análise da conduta de forma coadunada com outros elementos num juízo de proporcionalidade e de razoabilidade. Neste caso, em relação à sanção, a lei proporciona ao julgador uma margem de escolha entre uma ou outra sanção a ser aplicada. Todavia, tal excepcionalidade deve ser fundamentada detalhadamente. Com isso, o objetivo do presente estudo é analisar, por meio do método dedutivo, a utilização dos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade no âmbito Eleitoral, além de expor a origem, a natureza jurídica, o conteúdo e a distinção de tais institutos.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Razoabilidade. Distinção. Aplicação. Tribunal Superior Eleitoral.

Abstract: In cases in which a weighting judgment is to be made, a detailed statement of reasons is required with the demonstration of the specific criteria, as provided for the article 489, paragraph 2, of Law 13,105, from 2015, under penalty of not having the adequation between reasons for decision and the decision, which impairs justification, and therefore the legitimacy of the judicial act, before the courts and the public authority itself. In Brazilian electoral law, the legislator creates open and closed types of norms, since when the law establishes a prohibited conduct in an open type, it exceptionally allows the magistrate to analyze the conduct in a way that is consistent with other elements in a judgment of proportionality and reasonableness, and in this case, in relation to the sanction, the law provides the judge with a margin of choice between one or another sanction to be applied. However, such exceptionality must be substantiated in detail. Therefore, the purpose of the present study is to analyze, the deductive, the use of the institutes of proportionality and reasonableness in electoral law, as well as to explain the origin, legal nature, content and distinction of such institutes, and finally, to demonstrate some decisions of the Superior Electoral Court on the subject.

Keywords: Proportionality. Reasonableness. Distinction. Application. Superior Electoral Court.

1 Introdução

O objetivo do presente estudo é analisar, por meio do método dedutivo, a utilização dos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), além de expor a origem e o conteúdo, bem como distinguir tais institutos, e, ao final, demonstrar algumas decisões do referido colegiado acerca do tema¹.

Na aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade, deve-se proceder a um juízo de ponderação. E a ponderação exige fundamentação detalhada, com a demonstração dos critérios específicos, tal como exigido pelo artigo 489, § 2º, do Código de Processo Civil. A correta utilização de tais institutos depende ainda da definição dos seus subelementos, sob pena de não haver a adequação entre as razões de decidir e a decisão, o que prejudica a justificação e, portanto, a legitimidade do ato judicial perante os jurisdicionados e o próprio poder público. Todavia, na análise jurisprudencial do TSE, percebe-se que tais instrumentos jurídicos são utilizados sem a necessária contextualização e de forma indistinta.

A doutrina e a jurisprudência divergem quanto à natureza dos referidos institutos, tratando-os, por vezes, como sinônimos². Assim, os institutos são qualificados como princípios, regras (Silva, 2002, p. 1), máxi-

¹ O presente trabalho terá como base uma análise na teoria do direito, doutrina e jurisprudência, acerca da aplicação da Proporcionalidade e da Razoabilidade envolvendo as decisões do Tribunal Superior Eleitoral. Neste caso, optou-se pelo método dedutivo. Segundo Mezzaroba e Monteiro (2016), o método dedutivo consiste em, primeiramente, apresentar os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que essas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas.

² Luiz Roberto Barroso (2015) trata a proporcionalidade e a razoabilidade em tópico específico, em seu livro, como sinônimos. Gilmar Mendes (2013), ao comentar o artigo 5º, LIV, confunde as origens e a natureza jurídica da proporcionalidade e da razoabilidade. Já Suzana de Toledo Barros (2003) afirma que “o princípio da proporcionalidade, como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade, dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito” (p. 57-9). Na jurisprudência, não há consenso acerca da natureza jurídica da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como se confunde o conteúdo. Assim, em que pese a utilização da preposição “e” entre os dois institutos, não é feita a devida distinção quando da sua aplicação. V.g. Brasil, 2016h, 2016b, 2018a, 2017.

mas (Alexy, 2008, p. 116), postulados normativos (Ávila, 2004, p. 93-124) e método³.

A justificativa para a distinção dos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade se encontra tanto na origem quanto no conteúdo de ambos. Enquanto aquele se consolidou em verdadeira máxima de ponderação, este representa a evolução substancial do princípio do *due process of law*.

Também, há dois aspectos que promovem a distinção entre tais institutos: o primeiro diz respeito à estrutura, e, o segundo, à abrangência de aplicação.

Quanto à estrutura, a proporcionalidade, nascida no direito alemão, recebeu da doutrina estrutura e distinção mais nítidas dos seus três elementos: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito. A razoabilidade, por sua vez, oriunda do sistema americano, deve ter observada os seus elementos nucleares, a saber: equidade, congruência e equivalência.

No que tange à abrangência da aplicação, a razoabilidade tem por escopo impedir atos e normas que destoem da razão, em uma relação entre meios e fins, além de permitir um certo equilíbrio equitativo, sob pena de resultar no que se chama de irrazoável. Já a proporcionalidade tem um campo bem maior de aplicação, servindo com um verdadeiro parâmetro para aferir a adequação e a oportunidade de aplicação de um determinado comando normativo.

Sendo assim, de início serão expostas a origem e a natureza jurídica da proporcionalidade e da razoabilidade, sem aprofundar neste contexto, tendo em vista as controvérsias e a amplitude para demonstrar tal caracterização. A seguir, para distinguir tais institutos, demonstrar-se-á seus principais aspectos.

³ Para Jairo Gomes (2014), “a proporcionalidade não se trata propriamente de princípio, mas de método” (p. 27-33). O autor menciona ainda que princípios são considerados mandamentos de otimização e, como tal, podem ser satisfeitos ou produzir efeitos em variados graus ou medidas; a satisfação deles não depende só de circunstâncias fáticas, mas também de possibilidade jurídicas. Nesse passo, percebe-se que Gomes se utiliza da teoria de Robert Alexy, mas discorda, sob argumento de que “a proporcionalidade constitui um método fixo, em sim mesmo não comportando variações quando de sua aplicação – o que varia são os resultados que sua observância enseja”. Segundo Jairo Gomes, “a proporcionalidade tem por objeto princípios colidentes, ou melhor, solucionar racionalmente a colidência”.

E, ao final, em análise da forma de aplicação daqueles termos no âmbito jurisprudencial eleitoral, pretende-se demonstrar que tais institutos são, por vezes, distorcidos, principalmente a teoria alexyana, tendo em vista a ausência de fundamentação detalhada, tal como exigido pelo artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil.

2 Síntese da origem e da natureza jurídica dos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade

As identificações históricas dos institutos aqui estudados são, por vezes, confundidas, além de serem equivocadas. Neste sentido, Silva (2002) esclarece que “a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948” (p. 4). O referido autor também menciona que, naquela época, o teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste *Wednesbury*, implicava tão somente na rejeição dos atos excepcionalmente irrazoáveis (Silva, 2002, p. 5).

A matriz jurídico-filosófica da razoabilidade é a cláusula do *due process of law*, que se desenvolveu a partir do direito anglo-saxônico. Sua garantia, que em um primeiro momento se restringiu a aspectos marcadamente processuais (*procedural due process*), evoluiu para um âmbito substantivo (*substantive due process*) (Mendes, 2013).

Ademais, no direito constitucional brasileiro, na disposição normativa que disciplina o devido processo legal, o artigo 5º, LIV da Constituição Federal, dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Brasil, 1988).

A cláusula do devido processo legal é uma das mais amplas e relevantes garantias dos direitos constitucionais, levando em consideração a sua aplicação não apenas nas relações de caráter processual, mas também naquelas de caráter material (Mendes, 2013).

A proporcionalidade, por outro lado, desenvolveu-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, no controle das leis restritivas de direitos fundamentais (Silva, 2002, p. 5).

Também, a doutrina alemã, como destaca Robert Alexy, foi responsável por esmerar referido instituto.

Segundo Bonavides (2000), no ordenamento constitucional brasileiro, a proporcionalidade decorre “do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do artigo 5º, abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição” (p. 395).

2.1 Distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade

Silva (2002) afirma que é evidente que os termos, no caso, proporcionalidade e razoabilidade, “estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos” (p. 4).

O referido autor, além de não compartilhar com a sinonímia entre a proporcionalidade e a razoabilidade, por entender que há uma autonomia em cada uma, faz distinções entre tais institutos:

Quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais de sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério. (Silva, 2002, 4)

Dentre outros problemas, o autor supracitado também menciona a não identidade dos institutos em comento:

A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”. Barroso chama a primeira exigência – compatibilidade entre meio e fim – de razoabilidade interna, e a segunda – legitimidade dos fins –, de razoabilidade externa. Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de razoabilidade, na forma como exposto, corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é,

apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins. (Silva, 2002, 7)

Nesse diapasão, Streck (2016), ao diferenciar a razoabilidade e a proporcionalidade, também frisa a importância da fundamentação detalhada ao aplicar os referidos institutos, e destaca que:

A razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais o Estado irá agir, enquanto a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins escolhidos. Entre outras palavras, enquanto a proporcionalidade permite observar a relação entre meio-fim inerente à medida estatal, a razoabilidade considera a relação da medida estatal (já considerada proporcional) com as situações pessoais dos indivíduos por ela afetados. Na aplicação tanto da razoabilidade como da proporcionalidade, há um juízo de ponderação. E a ponderação exige fundamentação detalhada, com a demonstração dos critérios detalhados, tal como exigido pelo artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil (48-9).

Streck (2011), inclusive, faz a crítica do uso equivocado da proporcionalidade, mencionando que:

O uso descriterioso da teoria alexyana transformou a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de *álibi* teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos (49-50).

Destarte, há dois aspectos que promovem a distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade, quais sejam, a estrutura e a abrangência de aplicação.

No primeiro, a proporcionalidade, nascida no direito alemão, recebeu da doutrina uma estrutura e distinção mais nítida dos seus três elementos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Na razoabilidade, oriunda do sistema americano, deve ser observado os seus elementos nucleares: equidade, congruência e equivalência.

No segundo, a razoabilidade tem por escopo impedir atos e normas que destoem da razão em uma relação entre meios e fins, além de permitir um certo equilíbrio equitativo que, como o próprio nome anuncia, seja irrazoável. Já a proporcionalidade tem um campo bem maior de aplicação, servindo com um verdadeiro parâmetro para aferir a adequação e oportunidade de escolha de um determinado comando normativo.

3 Principais aspectos da proporcionalidade e da razoabilidade

3.1 Principais aspectos do instituto da proporcionalidade

Nas lições de Alexy (2008), a proporcionalidade como máxima jurídica é constituída pelas máximas parciais, assim denominadas pelo autor, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, as quais devem ser cumulativamente consideradas.

Então, a máxima da adequação trata de uma correspondência entre meios e fins, em que se veda a utilização de meios que venham a obstruir a realização de um princípio sem que se promova a otimização de outro. A máxima da necessidade supõe a intervenção mínima necessária para proteção do bem juridicamente protegido. E a máxima da proporcionalidade em sentido estrito preconiza que somente são válidas as restrições que obedecem à justa medida (Alexy, 2008, 583-611).

Quanto à aplicação da proporcionalidade, as três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito) expressam ideia de otimização. As máximas de adequação e necessidade se referem à otimização no que diz respeito às possibilidades fáticas. Ponderação é o objeto da terceira máxima. Proporcionalidade, em sentido estrito, essa máxima significa a otimização no que diz respeito às possibilidades jurídicas (Alexy, 2008, 117).

Ávila faz uma importante conexão com os subprincípios da proporcionalidade e salienta que sem uma relação meio/fim, não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade pela falta dos elementos estruturantes.

Relação entre meio e fim – a proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de

uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso, devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). Sem uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, pela falta dos elementos que o estruturam. Nesse sentido, importa investigar o significado de fim: fim consiste num ambicionado resultado concreto (extrajurídico); um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos, tal como obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinados estados ou preencher determinadas condições, dar causa a ou impedir a realização de ações. (Ávila, 2004, 113-4)

Contudo, Silva faz uma ressalva e esclarece que a proporcionalidade não deve ser analisada somente sob o prisma da relação entre meio e fim, mas deve ser observado os seus subelementos, assim como, cumulativamente serem aplicados (Silva, 2002, 5).

3.2 Principais aspectos do instituto da razoabilidade

De outra face, sobre a estrutura da razoabilidade é necessário fazer uma distinção entre os seus elementos nucleares, quais sejam equidade, congruência e equivalência, os quais Ávila menciona como acepções:

Razoabilidade como equidade – [...] o postulado da razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual. Em primeiro lugar, a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece.

[...]

Razoabilidade como congruência – [...] o postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. Em primeiro lugar, a razoabilidade exige, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente.

[...]

Razoabilidade como equivalência – A razoabilidade também exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. (2004, 103-9)

O referido autor, ainda, destaca três diretrizes importantes, nas quais o instituto da razoabilidade é utilizado:

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas (Ávila, 2004, 102).

Ademais, dentre as generalidades e pluralidades da razoabilidade, Ávila (2004, 102) destaca que ela “é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa”.

Quanto à aplicabilidade da razoabilidade, há duas linhas seguidas, sendo que a primeira se restringe a aspectos marcadamente processuais (*procedural due process*), pois trata de direitos individuais e coletivos que atentam contra a privação de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A segunda, segue uma orientação, uma diretiva interpretativa que permite a aferição acerca da legalidade substancial dos atos administrativos e legislativos. Permite alcançar o sentido finalístico da norma, a conformidade teleológica entre o ato praticado e o mandamento normativo, numa perspectiva de legalidade material (*substantive due process*) (Mendes, 2013).

4 A utilização dos institutos jurídicos da proporcionalidade e da razoabilidade no Direito Eleitoral

Além da origem dos institutos em comento ser diferente, assim como seus elementos/pressupostos, a doutrina os conceitua de forma distinta, e a jurisprudência do TSE apresenta dissenso quando os aplica.

Rodrigues e Jorge (2014) mencionam que, no direito eleitoral brasileiro, o legislador cria tipos abertos e fechados de normas como, por exemplo, as condutas de abuso de poder econômico e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, respectivamente.

Os autores frisam que, quando a lei fixa uma conduta proibida em um tipo aberto, permite ao magistrado a análise da conduta de forma coadunada com outros elementos num juízo de proporcionalidade e razoabilidade, e que, nesses casos, em relação à sanção, a lei proporciona ao julgador uma margem de escolha entre uma ou outra sanção a ser aplicada. Todavia, tal excepcionalidade deve ser fundamentada de forma clara e precisa, sob pena de se prolatar uma decisão não autorizada (Rodrigues e Jorge, 2014).

Neste sentido, para as condutas vedadas, tipificadas no artigo 73 e seguintes da Lei 9.504/1997, a Lei das Eleições (Brasil, 1997), as sanções descritas, também neste diploma legal, não podem ser ignoradas pelo Juízo Eleitoral. A título de exemplo, Rodrigues e Jorge (2014) citam o agravo regimental em recurso especial 30.006, de 29 de novembro de 2012, do relator ministro José Antônio Dias Tofolli, em que, com base na proporcionalidade, afasta-se a sanção de cassação prevista em lei, sob o argumento, em tese *contra legem*, de que a conduta, embora ocorrida, não poderia ter a sanção tipificada que o legislador previu.

Ainda sobre o artigo 73, em seu § 5º, tratando de violação ao disposto nos incisos I, II, III, IV ou VI do *caput* do artigo, e sendo responsável por tal infração o candidato, então contra ele também incidirá a sanção de cassação do registro de sua candidatura ou do seu diploma, caso seja eleito. Isso porque previu o legislador que, nesses casos, a ofensa ao equilíbrio do pleito é ínsita a cada uma das condutas ali descritas.

Rodrigues e Jorge (2014) afirmam que há presunção legal no sentido de que a prática da conduta implica automática violação do equilíbrio eleitoral. Mencionam ainda que, uma vez demonstrada a prática da conduta vedada pelo candidato, a cassação do registro, ou do diploma se for eleito, será imediata.

Por outro lado, o TSE, suavizando o texto expresso de lei com a utilização da proporcionalidade e da razoabilidade, afastou a regra da cassação imediata decorrente da prática da conduta vedada (Brasil, 2016f, 2016b, 2016a).

Pari passu, na decisão que julga procedente ação por captação (arrecadação) e gasto ilícito de recurso para fins eleitorais, disposta no artigo 30-A da Lei 9.504/97, também, segundo entendimento jurisprudencial, deve-se demonstrar a gravidade da conduta (Brasil, 2016h, 2016g).

Com isso, destaca-se o dissenso jurisprudencial quanto à aplicação dos institutos em comento, bem como para definir o que é um ato tido como grave. Assim, a sanção decorrente de tal ilicitude acarreta a não expedição de diploma ou cassação do diploma, mas, por causa do dissenso, depende da discricionariedade do julgador.

De forma semelhante, quanto ao 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, conforme disposição do artigo 22, XIV da Lei Complementar 64/1990 (Brasil, 1990), não se exige mais, por expressa determinação do artigo 22, XVI, que o ato abusivo tenha potencialidade lesiva em relação à possibilidade de desestabilização do pleito, mas sim em relação à gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

Diante disso, o termo “gravidade”, novamente, traz consigo um grau de discricionariedade passível de distorcer a essência dos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ademais, para corroborar esse dissenso, Rodrigues e Jorge mencionam que a utilização dos institutos em comento para aferir se há ou não a gravidade que tipifica o abuso do poder econômico pode ser uma saída. Ressalvam, portanto, que o julgador, ao utilizar conceitos jurídicos indeterminados, precisa analisar o conjunto fático probatório e fundamentar qualquer decisão a ser tomada.

Também no que se refere às doações acima do limite legal, mais especificamente, por pessoa física, matéria disposta no artigo 23, § 1º, da Lei das Eleições, a sanção prevista pelo legislador é a de multa, a qual poderia variar entre cinco e dez vezes a quantia doada em excesso. O preciso *quantum* seria o máximo (dez vezes o valor doado em excesso) e o mínimo (cinco vezes o valor doado em excesso), isso antes da reforma trazida pela

Lei 13.488, de 2017. Agora, de acordo com o § 3º do artigo 23, incluído por esta lei, a doação de quantia acima dos limites sujeita o infrator ao pagamento de multa no valor de até 100% da quantia em excesso. Todavia, tanto antes quanto depois da redação dada pelo legislador em 2017, o critério utilizado para aplicação da multa depende dos juízos de proporcionalidade e razoabilidade, segundo o cotejo de elementos da causa como dolo, culpa etc⁴.

Quanto às provas obtidas por meios ilegais, a regra constitucional é a de que são “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (Constituição, artigo 5º, LVI), bem como existem outras limitações constitucionais ao direito à prova, como se vê nas seguintes disposições constitucionais: (i) artigo 1º, III – dignidade da pessoa humana; (ii) artigo 5º, X – direito à intimidade e à vida privada; (iii) artigo 5º, XI – inviolabilidade do domicílio; (iv) artigo 5º, XII – inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações.

Além disso, o artigo 157 do Código de Processo Penal regula o tratamento que se deve dar à prova ilícita, estatuidando que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais”.

Nesse cenário, Barcelos, ao tratar das limitações à prova no processo penal, nas hipóteses da prova ilícita, menciona que a correspondente solução tem sido dada pela adoção de alguma das conhecidas teorias sobre a admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos. São elas:

Admissibilidade processual da prova ilícita: *male captum, bene retentum* (mal colhido, mas bem conservado) – Nos termos dessa corrente, a prova deveria ser admitida desde que não fosse vedada por normativa de cunho processual, sem importar a relação com o direito material, ainda que constitucional. [...] E, nessa linha, vale a crítica no sentido de que essa teoria, num primeiro momento, ignora por completo o atual estágio da democracia de direito, olvidando que estamos submetidos a uma Lei Maior, que tutela direitos e garantias de todos, e que a todos vincula, inclusive o próprio Estado. [...] No Brasil, por sua vez, o entendimento pela admissibilidade processual da prova ilícita – retrógrado que é, para dizer o mínimo – não encontra guarida na majoritária jurisprudência.

Inadmissibilidade das provas ilícitas – São defensores dessa teoria os que fazem uma análise basicamente literal do disposto no inc. LVI

⁴ V.g. Brasil, 2016e.

do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, no sentido de que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. [...] Os adeptos dessa teoria defendem que, a partir da previsão constitucional (art. 5º, inc. LVI), o próprio Constituinte deu um caráter praticamente absoluto à vedação, proibindo, terminantemente, a utilização de provas ilícitas no âmbito do processo. [...] Ocorre que, sem prejuízo do brilhantismo dos escólios trazidos a lume, os tempos são outros e, por aí, a própria doutrina e a jurisprudência vêm atenuando, com muitas e consideráveis reservas, esse caráter absolutista da vedação, considerando que nenhum direito constitucional é absoluto diante de seu convívio com outros.

Admissibilidade da prova ilícita à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade – Os defensores dessa corrente, em grande parte (alguns desavisados), defendem que, em determinados casos, tendo em vista a relevância de um suposto interesse público a ser preservado, poderia ser admitida a prova mesmo que ilícita. O entendimento em questão abranda a proibição (CF, art. 5º, inc. LVI) para admitir a prova ilícita em casos excepcionais e graves, quando a obtenção e a admissão forem consideradas a única forma possível e razoável de proteger os outros valores fundamentais.

Admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade *pro reo* – Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu, como a própria nomenclatura sugere. (Barcelos, 2014, 38-50)

O referido autor esclarece, ainda, que, no processo penal eleitoral, é pernicioso o uso de conceitos vagos e subjetivos para viabilizar a inserção no processo de provas ilícitas, e frisa que:

Em muitos provimentos jurisdicionais, e ainda, em ensinamentos doutrinários, juristas vêm expressando construções intelectuais que ainda laboram no reducionista critério interesse público privado, tudo com vistas, a partir de um pretense “juízo de proporcionalidade” ou “ponderação”, dar “ares de legalidade” a vilipêndio de direitos fundamentais, em prol de um indeterminado, discricionário e manipulável “bem maior”. [...] Em matéria eleitoral, ademais, vale frisar que todos os interesses em xeque, incluindo-se aí os dos acusados, superam em abismo a órbita do privado, restando inseridos, de igual sorte, no cenário dos direitos fundamentais, no público, portanto, se assim desejarem, não se afigurando, pois, como pertinentes, os discursos reducionistas e discricionários da ordem dos que aqui se combatem. (Barcelos, 2017, 22-3)

Barcelos então critica o entendimento apresentado nos autos do Recurso Eleitoral 13.653-50, originário do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, o qual entendeu que a prova, ainda que considerada ilícita, foi analisada em virtude do princípio da ponderação de interesse (proporcionalidade), e assim questiona:

Certo?

Errado, e muito!

O Direito não deve ser realizado a qualquer preço, afinal, importa recordar que, aqui, o meio ainda continua justificando o fim, ao passo que dar guarida, no processo, a elementos probatórios obtidos por meios ilícitos, por intermédio de argumentos indeterminados e ranciosos como o que aqui se combate (“prevalência” ou “supremacia” do interesse público), não encontra lastro no regime democrático de direito.

A manipulação que se promove, a partir do momento em que se eleva um vago e subjetivo interesse público, com fins de admitir uma prova, ainda que manifestamente ilícita, é algo gravíssimo e diretamente atentatório a ordem constitucional. [...]

A própria teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade não se presta a isso (!), sendo mister reforçar a crítica à (conveniente) discricionariedade envolta à aplicação desta, ainda mais quando a temática vem a envolver controvérsias que recaem sobre as provas ilícitas. (Barcelos, 2017, 22-3)

Tal entendimento, relativo à admissibilidade da prova ilícita, ganhou maior notoriedade em primeiro de março de 2016, durante o julgamento do Habeas Corpus 308-08 (Brasil, 2016c) e do 444-05 (Brasil, 2016d), ambos de relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura. Outrossim, desde 16 de abril de 2015, no Recurso Especial Eleitoral 63.761 (Brasil, 2015), o TSE iniciou mudança de posicionamento no julgamento e assentou que a gravação ambiental, sem a autorização judicial, é lícita quando realizada em ambientes públicos, admitindo-a como meio de prova contra a parte em processo cível-eleitoral. Decidiu-se que: (i) as gravações ambientais efetuadas em espaços/meios públicos não precisam ser antecedidas de decisão judicial autorizadora; e (ii) as gravações ambientes empreendidas em ambiente privado, para serem admissíveis no processo, dependem do requisito da autorização judicial prévia.

Nesse caminho, o TSE também segue uma linha tênue no que tange à admissibilidade de metadados como prova lícita, sob o argumento da não violação da privacidade à luz da proporcionalidade com base na interpretação sistemática, e à luz de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (RHC 51.531/RO). Aquele colegiado superior entendeu que:

O postulado (sic) da proporcionalidade, vetor cardinal da Constituição pós-positivista de 1988, aponta no sentido da licitude do aproveitamento de provas decorrentes da obtenção de metadados (registros de informações) em mídias sociais (e.g., Whatsapp, Facebook etc.), ainda que sem autorização judicial, sem que isso conflague violação ao direito fundamental à privacidade (CRFB/88, art. 5º, X). (Brasil, 2018b)

Em concomitância, no que tange à propaganda na internet com a comunicação de massa, o direito eleitoral tentou conciliar-se com o Marco Civil da Internet através da minirreforma promovida pela Lei 13.488/2017, que alterou a Lei das Eleições. Estabeleceu-se que a suspensão da propaganda na internet deve ser definida proporcionalmente à gravidade da infração cometida, conforme previsão do artigo 57-I da referida lei. Porquanto, inclusive anterior às mudanças da minirreforma, os julgadores eleitorais estabeleciam que a suspensão da propaganda devia ser definida proporcionalmente à gravidade da infração cometida. Com isso, proferiam decisões utilizando-se dos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade no caso de descumprimento de ordem judicial para remoção da página que veiculava tal propaganda tida como irregular⁵.

5 Considerações finais

Foi abordado o uso indistinto dos institutos da proporcionalidade e da razoabilidade pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Partiu-se da exposição de origem, natureza jurídica e conteúdo. Com isso, ao analisar algumas decisões do referido colegiado, ficou evidente o dissenso na aplicação dos institutos, após expor os elementos e distingui-los.

Observou-se a distinção tanto na origem quanto no conteúdo de ambas. Assim, a proporcionalidade, nascida no direito alemão, recebeu da

⁵ Sobre a suspensão da propaganda na internet e o bloqueio de aplicações de internet, cf. Rais, 2018.

doutrina uma estrutura com seus três elementos (necessidade, adequação e proporcionalidade, em sentido estrito). Por sua vez, a razoabilidade, oriunda do sistema americano, possui seus elementos nucleares (equidade, congruência e equivalência).

No decorrer do trabalho, evidenciou-se que, no direito eleitoral brasileiro, quando a lei fixa uma conduta proibida em um tipo aberto, permite ao magistrado a análise da conduta de forma coadunada com outros elementos, em juízos de proporcionalidade e de razoabilidade. Nesses casos, excepcionalmente em relação à sanção, a lei proporciona ao julgador uma margem de escolha entre uma ou outra sanção a ser aplicada. Todavia tal excepcionalidade deve ser fundamentada de forma clara e precisa, sob pena de prolatar-se uma decisão não autorizada.

Desta forma, em análise jurisprudencial do TSE, evidenciou-se que a proporcionalidade e a razoabilidade são aplicadas de maneira generalizada na fundamentação das decisões do colegiado. Principalmente se utilizando do termo “grave” ou “gravidade” para suavizar, com base na proporcionalidade e na razoabilidade, a sanção de cada tipo.

Assim, tendo em vista pressupostos, critérios e elementos diversos, bem como não feita qualquer distinção ao aplicar os institutos da proporcionalidade e da razoabilidade, conclui-se que se tem uma decisão a qual não preencheu os elementos exigidos pelo artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil.

Consequentemente, como menciona Streck (2011) ao citar uso equivocado da teoria alexyana, “os tribunais brasileiros utilizam tal conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos” (p. 49-50).

Referências

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELOS, G. R. C. **Processo judicial eleitoral & provas ilícitas: a problemática das gravações ambientais clandestinas**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. (2017). **Das gravações ambientais clandestinas à construção de ilícitos de ensaio**: processo judicial eleitoral e provas ilícitas. Disponível em: <https://bit.ly/2VqfnXf>. Acesso em: 10 out. 2018.

BARROS, S. T. de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 1941.

_____. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. **Lei nº 9.504, de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Senado Federal, 1997.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado Federal (2015).

BRASIL. (2015). Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 63761. Acórdão, Relator Min. Henrique Neves Da Silva. **Diário de Justiça**: tomo 95, p. 65-66, Brasília, DF, 21 maio 2015.

_____. (2016a). Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 6453. Acórdão, Relatora Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **Diário de Justiça**: Brasília, DF, 1 mar. 2016.

_____. (2016b). Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 30298. Acórdão, Relator Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**: Brasília, DF, 17 mar. 2016.

_____. (2016c). Tribunal Superior Eleitoral. Habeas Corpus nº 30808. Relatora Min(a). Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **Diário de Justiça**: Brasília, DF, 28 abr. 2016.

_____. (2016d). Tribunal Superior Eleitoral. Habeas Corpus nº 44405. Relatora Min(a). Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **Diário de Justiça**: tomo 86, Brasília, DF, 5 maio 2016.

_____. (2016e). Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 991. Acórdão, Relator Min. Henrique Neves Da Silva. **Diário de Justiça**: tomo 121, p. 62-63, Brasília, DF, 24 jun. 2016.

_____. (2016f). Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 198403. Acórdão, Relatora Min. Luciana Christina Guimarães Lóssio. **Diário de Justiça**: p. 33, Brasília, DF, 12 set. 2016.

_____. (2016g). Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 204, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**: tomo 191, p. 141-142, Brasília, DF, 4 out. 2016.

_____. (2016h). Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 191. Acórdão, Relator Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**: tomo 229, p. 28-29, Brasília, DF, 19 dez. 2016.

_____. (2017). Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 10705. Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**: Brasília, DF, 2 fev. 2017.

_____. (2018a). Tribunal Superior Eleitoral. Agravo de Instrumento nº 21054. Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**: Brasília, DF, 22 mar. 2018.

_____. (2018b). Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 122086. Acórdão, Relatora Min. Luciana Lóssio. **Diário de Justiça**: tomo 61, p. 2-7, Brasília, DF, 27 mar. 2018.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. et al. (coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, J. J. **Direito eleitoral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, G. F. (2013). **Comentários ao artigo 5º, LIV**. In: CANOTILHO, J. J. G. et al. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva. p. 427-432, 2013.

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de metodologia de pesquisa no Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAIS, D. (coord.). **Direito eleitoral digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RODRIGUES, M. A.; JORGE, F. C. **Manual de Direito Eleitoral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, L. V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 91, n. 798, p. 23-50, 2002.

STRECK, L. L. et al. (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Alex Sandro Barbosa dos Santos - Graduado em Direito no Centro Universitário Dom Bosco (UniDomBosco). E-mail: a.sandrobarbosa@gmail.com.

Rogério Carlos Born - Mestre e doutorando em Direito Constitucional na linha de Direitos Fundamentais e Democracia. Professor universitário do UniDomBosco e do Centro Universitário Internacional (Uninter). Membro da Comissão de Direito Internacional da Ordem dos Advogados do Brasil do Paraná (OAB-PR). Servidor da Justiça Eleitoral e editor da revista Paraná Eleitoral. Autor de diversas obras, palestrante e conferencista. E-mail: rcborn@uol.com.br.

A SEGURANÇA COMO SINÔNIMO DE INCERTEZA: A IMPORTÂNCIA DO JUDICIÁRIO NOS MODELOS DE GOVERNANÇA ELEITORAL LATINO-AMERICANOS

The legal certainty as synonym uncertainty: the relevance of the Judiciary in Latin American electoral governance models

Felipe Gallo da Franca

Resumo: O presente artigo visa a apresentar o paradoxo existente entre a governança eleitoral e a segurança jurídica. Através de uma análise conceitual da segurança jurídica, aduzimos a existência de novas definições que extrapolam o aspecto da previsibilidade. Além disso, apontamos para a expansão do protagonismo judicial do modelo de governança eleitoral latino-americano, que, além de garantir a integridade, também incentivou a incerteza do resultado eleitoral. Portanto, pretendemos responder a seguinte questão: como definir a segurança em um ambiente que impera a incerteza?

Palavras-chave: Segurança jurídica. Governança eleitoral. América Latina.

Abstract: The present article aims to the paradox between electoral governance and legal certainty. Through a conceptual analysis of legal certainty, we present the existence of new definitions that extrapolate the classic aspect of predictability. On the other hand, we point to the expansion of the judicial protagonism in the Latin American electoral governance model, which, in addition to ensuring integrity, also encouraged the uncertainty of the electoral result. Therefore, we want to answer the following question: how to define certainty in an uncertain environment?

Keywords: Legal certainty. Electoral governance. Latin American.

1 Introdução

A eleição é um momento único na experiência democrática de distintas sociedades. Ainda que a ciência do direito e demais campos do conhecimento compreendam que o exercício democrático não se encerra nela, é nas eleições que os cidadãos elegem seus representantes para exercerem mandatos no decorrer das respectivas legislaturas.

A centralidade das eleições como campo de análise permitiu uma série de estudos que abordam o fenômeno sob distintos olhares. No campo do Direito e da Ciência Política, os estudos, entretanto, priorizaram a análise dos sistemas eleitorais e da função judicante do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal. Ainda que imprescindíveis para o debate, poucos estudos analisam a importância da governança eleitoral como sistema garantidor da lisura e da segurança jurídica dos pleitos.

Nosso estudo pretende abordar exatamente essa seara, enxergando como o sistema de governança ganhou contornos de extrema importância na consolidação da democracia na América Latina ao garantir uma função de destaque ao poder judiciário. Pretendemos abordar essa perspectiva pelo viés da segurança jurídica, pois, no campo de estudos eleitoral, tal instituto se apresenta paradoxalmente.

O conceito clássico de segurança jurídica preconiza a previsibilidade, enquanto uma eleição somente pode ser considerada válida se existir uma dose de imprevisibilidade, pela qual todos participantes possuem chances de serem eleitos. O resultado, assim, não pode ser consolidado de antemão, sob pena de se retirar o caráter democrático das eleições. Portanto, a segurança jurídica adquire novos contornos se vislumbrada perante a governança eleitoral.

Debateremos, assim, as diferentes concepções de segurança jurídica trabalhadas atualmente pela literatura jurídica. Posteriormente, apresentaremos o contexto político latino-americano e como o modelo de governança eleitoral de seus países conferiu um protagonismo cada vez mais crescente ao poder judiciário. Por fim, finalizaremos o ensaio, buscando responder o paradoxo: como garantir a segurança em um ambiente de incertezas.

2 A segurança jurídica

A segurança jurídica, originalmente ou de forma bastante difundida entre teóricos, costuma ser trabalhada na ótica da previsibilidade. Isto é, as leis devem ser claras o suficiente para que o intérprete alcance resultados esperados. Ainda que existam princípios e *standards* passíveis de interpretações distintas sob os olhares dos magistrados, as decisões precisam ser coerentes com a coletividade de órgãos julgadores, fornecendo decisões que garantam segurança ao jurisdicionado.

Nesse sentido, clássicos são os ensinamentos de José Afonso da Silva (2007, p. 17), que desdobra o conceito de segurança sob dois aspectos. *A segurança do direito* pressupõe a positividade, enquanto a *segurança jurídica* seria a realização prática dessa positividade. Assim, a segurança, para além de ser adjetivada como sinônimo de previsibilidade, certeza e proteção, precisa ter implicações concretas na vida dos jurisdicionados, que passam a saber de antemão as consequências jurídicas de seus negócios e atos praticados.

Tal definição, ao nosso ver, contém apenas um campo de aplicação do conceito de segurança jurídica, pois é bem verdade que ela compreende um espectro ainda maior. Entendemos que a segurança jurídica, tal qual é trabalhada, abrange apenas o processo decisório e a consequente aplicação das leis no seio social.

Outros autores trabalham a segurança jurídica em um viés político-histórico, em que relacionam as tensões existentes entre a concessão e as retiradas de direitos no decorrer das relações políticas ao longo da história. Isto é, como uma garantia de que os preceitos institucionais e constitucionais se moldem para salvaguardar o indivíduo contra a retirada de direitos sociais, humanos e econômicos. Nessa linha, enquanto Cerqueira (2007, pp. 41-43) se debruça sobre os adventos do *neoliberalismo* e suas implicações perante o estado do bem-estar social, Piovesan e Ikawa (2007, pp. 48-78) se preocupam com a flexibilização de direitos sociais, vistos pelas autoras como marcos de conquistas históricas em um plano internacional de defesa dos direitos humanos.

Sob um pano de fundo semelhante, Sarlet (2007, p. 87-88) apresenta que o conceito de segurança jurídica é multifacetário, mas se ocupa de analisar a eficácia e a efetividade dos direitos. Dialogando com a “doutrina constitucional contemporânea” (SARLET, 2007, p. 90), o autor reflete que a segurança jurídica se apresenta como “expressão inarredável do Estado

de Direito”, o que preconiza o reconhecimento de direitos invioláveis, dos quais não se pode permitir um retrocesso.

Contudo, a segurança jurídica também pode ser apresentada sob uma perspectiva sociopolítica, ou seja, pela confiança que a sociedade deposita em suas instituições, em um processo de legitimação democrática. Logo, o cidadão não deve apenas se sentir seguro quanto à previsibilidade de que a norma será interpretada conforme suas expectativas, mas também que, ao serem aplicadas, as instituições responsáveis por sua execução estejam imbuídas de confiança e legitimidade.

Nesse sentido, José Rodrigo Rodriguez (2012, p. 129-152) alcança seu conceito de segurança jurídica. Ao fugir da visão textualista (de que o texto da lei é capaz de dar uma resposta única e exclusiva), aduz que tal conceito deve ser apresentado em um viés argumentativo, pelo qual a centralidade do debate afasta aplicações autoritárias e arbitrárias do direito.

A jurisprudência, nesse sentido, passa a ser valorizada como um mecanismo pelo qual tal debate pode ser propiciado. Todas as distintas posições e visões dentro do direito disputam um espaço de debate para que se alcance um acordo quanto à predominância de determinada concepção em um procedimento de tomada de decisão. Assim, as distintas perspectivas compõem um processo de constante debate, sendo que o fator fundamental para que tal processo se dê em um espectro de segurança jurídica repouse na legitimidade de um sistema criado para garantir a melhor decisão conforme o contexto (RODRIGUEZ, 2012, p. 134).

O conceito de segurança jurídica apresentado por Rodriguez (2012, p. 129-152), traz novos contornos sobre o debate acerca do tema, especialmente por apresentar que é possível garantir a segurança jurídica em um ambiente de incerteza desde que o processo decisório seja legítimo.

Dessa forma, sem querer esgotar a temática e após as reflexões trazidas pelos autores citados, conseguimos apresentar um conceito sobre o que entendemos por segurança jurídica. Nesse sentido, trata-se de uma visão *lato*, que definimos como um conceito multifacetário, o qual, por sua vez, engloba a proteção de direitos, legitimamente definidos em um processo de decisão democrático, em diferentes esferas, sociais e políticas, que visem, em última instância, garantir a fruição dos direitos humanos. Por outro lado, a segurança jurídica *stricto sensu* relaciona-se com o processo de decisão judicial, pelo qual o julgador deve garantir a previsibilidade e a cer-

teza dos atos praticados pelos jurisdicionados, desde que tal decisão se dê em um contexto de debate jurídico, legitimado por diferentes visões jurídicas sobre um mesmo fenômeno, com a garantia de que, ao final do processo, seja alcançada uma deliberação que responda o caso concreto da melhor forma possível.

3 A governança eleitoral como marco de estudo

Ainda que imprescindíveis para o debate, poucos estudos analisam a importância da governança eleitoral como sistema garantidor da lisura e da segurança jurídica dos pleitos (ELKLIT, REYNOLDS, 2000, p. 4); (SCHIEDLER, 2001, p. 181). O interesse acadêmico sobre a temática evidenciou que a “a governança eleitoral importa” (MOZAFFAR; SCHIEDLER, 2002, p. 5), apresentando resultados substantivos de sua relevância sobre a qualidade e confiabilidade das eleições (MEDINACELI; TORRES, 2017, p. 13). Um dos *turning points* para a centralidade da governança em estudos internacionais mais recentes (HARTLYN; MCCOY; MUSTILLO, 2008, p. 74) foi a controvérsia da eleição presidencial norte americana de 2000. O episódio registrou que, mesmo países com regimes democráticos consolidados podem gerar desconfiança da lisura do pleito caso existam problemas com a administração das eleições.

A governança eleitoral pode ser entendida como uma interação constitucional, legal e institucional, cujas regras, normas e princípios se refletem no procedimento eleitoral e na competitividade de seus participantes (HARTLYN; MCCOY; MUSTILLO, 2008, p. 74). Dessa forma, ela cria e estrutura as regras que servirão para balizar as eleições (MOZAFFAR; SCHIEDLER, 2002, p. 7), compreendendo três fases distintas: *rule making*, *rule administration* e *rule adjudication* (MARCHETTI, 2008, p. 867). Isto é, a governança dimensiona os atores e instituições que serão responsáveis pela elaboração de regras, leis e resoluções que moldarão o processo eleitoral (*rule making*). As instituições e atores são responsáveis pela implementação das normas, pela gestão da eleição e pela fiscalização dos participantes (*rule administration*); e também responsáveis pelo julgamento de eventuais contendas que existirem durante o pleito (*rule adjudication*).

A classificação tripartite, porém, muitas vezes não reflete a atual configuração institucional de muitas democracias. Alguns autores compreendem que a governança eleitoral não deve ser apresentada como uma

análise institucional hermeticamente fechada, na qual nos debruçamos apenas no estudo das instituições que compõem aquele sistema. Ainda que determinada democracia possua instituições fortes e bem delineadas, tais atributos são vistos como secundários, caso o país enfrente momentos de turbulência democrática (ALVAREZ, 2009, p. 68). Por isso, para além de uma visão institucionalista, a governança eleitoral se envolve em uma compreensão do “contexto” (LÉON, 2009, p. 98), isto é, o conjunto de relações em um determinado desenho institucional e sua relação com atores sociais, como eleitores, imprensa e sociedade civil.

O enunciado, conforme apontado por Barreto (2016, p. 191), é “neutro”, o que implica reconhecer que ele poderia ser utilizado em qualquer acepção de processo eleitoral. Ao descrever apenas os mecanismos e as instituições que permitem a realização de um pleito, o conceito não se debruça sobre questões essenciais como a legitimidade dos mandatos eletivos e pressupostos democráticos do sistema político-partidário em que se encontra. Se, por um lado, a legitimidade e a lisura do processo eleitoral garantem que o voto seja livre, existem elementos exógenos à governança eleitoral que podem auxiliar na manutenção de regimes autoritários ou abusivos. Por tais motivos, a governança eleitoral, por si só, não é capaz de mensurar a qualidade e o desenvolvimento democrático de determinado país, ainda que seja um instrumento essencial para sua constatação.

Ainda assim, a compreensão institucionalista da governança eleitoral nos permite uma abordagem didática ao definir quais são as principais funções atribuídas às instituições durante as eleições, motivo pelo qual continuaremos a adotá-la ao longo desse artigo.

Para além da distinção de suas respectivas fases, a literatura também se ocupou de classificar os principais institutos que as compõem, facilitando, assim, a realização de estudos comparados. Dessa forma, os institutos responsáveis pela fase *rule administration* tendem a ser denominados como EMBs (*Electoral Management Bodies*), enquanto a fase de *rule adjudication* o foi como EDRBs (*Electoral Dispute-Resolution Bodies*) (OROZCO-HENRÍQUEZ, 2010, p. 10).

As pesquisas sobre a governança eleitoral e seus institutos, ainda que incipientes, passaram por três fases, permitindo que chegássemos a algumas conclusões sobre a temática. A primeira fase procurou compreender a relação entre a administração eleitoral com o processo de democratização de países que saíram recentemente de conflitos armados, analisando, assim,

o impacto e a autoridade das EMBs nesse processo; a segunda fase procurou compreender e classificar as distintas fases da governança, com o fito de encontrar padrões institucionais e posteriormente compará-los; por fim, a terceira fase compreende a análise das funções exercidas pelos EMBs e EDRBs e o possível conflito de competências entre órgãos administrativos e judiciais durante as campanhas eleitorais.

3.1 O contexto latino americano e a judicialização da governança eleitoral

Diante de quadros de instabilidade social e política existem duas formas de se resolver os conflitos decorrentes desse contexto. A forma mais primitiva, mas que ainda possui resquícios na atualidade, é a de que os conflitos políticos sejam resolvidos pelo uso da força e da violência. O embate entre estruturas militares ou paramilitares permite que os vencedores do conflito ocupem as instâncias de governo e legitimem atos em prol de seu grupo político (LEHOUCQ, 2002, p. 36). Naturalmente tal forma não é a mais recomendada para a resolução de conflitos sociais, pois a violência pode resultar em uma maior instabilidade política, especialmente pela suspensão de direitos políticos da parcela que se opõem aos vencedores. A segunda solução encontrada seria retirar a gestão do conflito das partes envolvidas, nomeando um terceiro, independente e autônomo, para gerenciar o litígio (LEHOUCQ, 2002, p. 36).

Nesse sentido, é importante compreender o modelo de governança eleitoral como salvaguarda para que as eleições se apresentem como justas e livres, garantindo credibilidade ao processo (OROZCO-HENRÍQUEZ, 2010, p. 20). Garantir um modelo bem consolidado não significa que as eleições serão necessariamente genuínas, mas a ausência deste parâmetro pode agravar potenciais conflitos políticos e ir de encontro à integridade do pleito, especialmente na ocorrência de eventuais impugnações ou questionamentos sobre a lisura das eleições. Tais casos são comuns de ocorrem em qualquer processo de disputa eleitoral e demandam respostas institucionais satisfatórias para corroborarem o sentimento de confiança pelo pleito (OROZCO-HENRÍQUEZ, 2010, p. 20-21).

As autoridades eleitorais devem ser apresentadas aos participantes como capazes de dirimir os conflitos existentes antes e depois das votações. Algumas das características esperadas dessas instituições seriam a imparcialidade e a capacidade de produzir resultados eficazes assim que proferidas as decisões (ALVAREZ, 2009, p. 62).

Lehoucq (2002, p. 36) advoga pela necessidade de instituições de controle eleitoral despolitizadas e, por isso, independentes dos poderes executivos e legislativos. A delegação da função julgadora para um órgão neutro evitaria disputas políticas entre os poderes e afastaria uma suposta desconfiança da sociedade com o modelo de governança.

A hipótese do autor é a de que o modelo clássico da governança, autorregulação partidária (ou seja, os próprios partidos se governam), permitiu e induziu uma série de conflitos políticos ao longo da história latino-americana (ou mesmo estadunidense). Nesse sentido, quando as estruturas de governança permitiram que o poder fosse delegado a um terceiro, independente e apartidário, os conflitos foram amenizados (LEHOUCQ, 2002, p. 38).

Diante da ausência de parcialidade dos julgadores políticos em promover um ambiente neutro de governança, o ator majoritariamente escolhido para exercer a função de julgar os pleitos na América Latina foi o poder judiciário (LEHOUCQ, 2002, p. 38). Diversos autores refletem que o modelo latino americano trouxe um novo paradigma de confiabilidade e segurança para os processos eleitorais (LEHOUCQ, 2002, p. 42). Ainda que tal contribuição tenha sido renegada por uma literatura mais vasta, cientistas políticos e juristas apresentam que o poder judiciário tende a ganhar funções de maior destaque em reformas mais recentes dos modelos de governança eleitoral ao redor do mundo (LEHOUCQ, 2002, p. 42).

Diante desse protagonismo crescente que o judiciário vem assumindo nos modelos de governança eleitoral, cabe indagar algumas das características dessa escolha e considerações críticas sobre sua implementação. De forma geral, um poder judiciário forte e independente tende a garantir benefícios à democracia, através da imposição do império da lei e da proteção de garantias e direitos individuais (GIBLER; RANDAZZO, 2011, p. 696).

O problema é definir o que seria essa “independência” proclamada pelos especialistas. Ademais, no momento em que se centralizam as atribuições do poder judiciário no exercício de controle dos atos do executivo, não se sabe qual o limite para que esse poder ou mesmo outros, caminhem em prol de um maior autoritarismo. Contudo, ao mesmo tempo, o órgão deve possuir competências suficientes para apresentar respostas institucionais a eventuais atos que visem retirar a legitimidade das eleições.

Alvárez (2009, p. 61-76) pondera exatamente essa questão, ao analisar a função exercida pelo *Consejo Nacional Electoral* como órgão judicante das eleições venezuelanas. A grande crítica apontada foi a falta de capacidade institucional do órgão em reverter eleições maculadas por processos de fraude e outras ilicitudes eleitorais. Desse modo, conclui que o primeiro aspecto que deve ser analisado sob uma instituição eleitoral é o contexto político pelo qual se encontra, pois, ainda que seja considerado formalmente independente e se transparça como uma instituição sólida e autônoma, ela, na prática, pode apresentar resultados diametralmente opostos caso não se encontre em uma democracia plena (ALVAREZ, 2009, p. 62).

A ambivalência de seus sentidos e o protagonismo como garantidor de um processo justo retiram uma função meramente procedimental do órgão julgador, visto que suas decisões e atitudes impactam diretamente os demais agentes políticos e interessados no pleito (OROZCO-HENRÍQUEZ, 2010, p. 21). Esse intercâmbio de relações institucionais e sociais torna um EDRB um importante ator na modelagem das relações político-eleitorais, mas também passível de ser moldado conforme o contexto socio-cultural e político pelo qual atua (OROZCO-HENRÍQUEZ, 2010, p. 21).

Alguns autores, inclusive, argumentam que o desenvolvimento político da América Latina está intimamente ligado à criação de ERDBs responsáveis pelo julgamento e fiscalização do processo eleitoral (LEHOUCQ, 2002, p. 31). A delegação de algumas funções administrativas e de controle dos pleitos pode ser apontada como uma das responsáveis por eliminar conflitos que ocorriam nos países latino-americanos (FLEICHER; BARRETO, 2009, p. 127); (BALLIVIAN, 2009, p. 78); (ALVAREZ, 2009, p. 65); (FLEICHER; BARRETO, 2009, p. 118). Com a resolução pacífica e célere dessas irregularidades, Lehoucq (2002, p. 31) aponta que o resultado imediato foi o aumento dos índices de confiança social e, conseqüentemente, um incentivo para se engajar no ambiente público.

Atribuições administrativas e regulatórias foram gradualmente sendo implementadas em órgãos originalmente posicionados como EDRBs. Na Bolívia, a Corte Nacional Electoral (CNE) foi criada como um órgão independente do poder executivo, responsável pela gestão do processo eleitoral e resolução dos conflitos (BALLIVIAN, 2009, p. 78). Na Costa Rica, o *Tribunal Superior Electoral* (TSE) possui não apenas semelhanças com o nome do EDRB brasileiro, mas especialmente na consecução de suas funções, por ser responsável por expedir resoluções, administrar o pleito e julgar as contendas decorrentes do processo eleitoral (LEÓN, 2009, p. 96).

Ainda assim persistia um certo ceticismo inicial na capacidade de alguns EDRBs latino-americanos em modificar práticas corruptas dos atores políticos. Nesse cenário, Ballivian (2009, p. 79-80) reflete que, mesmo que a implementação da *Corte Nacional Electoral* (CNE) tenha se apresentado como um sucesso institucional na Bolívia, ela pouco contribuiu para que os atores políticos deixassem de praticar ilicitudes eleitorais, especialmente pela ausência de mecanismos que oportunizassem que os órgãos eleitorais pudessem reverter os resultados das urnas diante de potenciais fraudes (BALLIVIAN, 2009, p. 84). No caso boliviano, as pressões políticas tendiam a indicar os *vocales*, autoridades que compunham a CNE, de modo a exercer controle político sob seus indicados e perpetuar a força política de grupos ligados ao governo (BALLIVIAN, 2009, p. 78).

Tal exemplo revela que um órgão de controle deve ser isento e independente do controle das forças políticas, mas, ao mesmo tempo, para que tais órgãos possuam relevância e possam exercer o poder de controle que a eles foi incumbido, devem possuir poderes suficientes para sopesar as manipulações ou tentativas de burlar o controle eleitoral. Foi apenas depois de uma série de sucessivas reformas institucionais que o órgão de controle boliviano passou a adquirir autonomia política de seus jurisdicionados. Em conjunto com a implementação da tecnologia nos pleitos e campanhas educativas aos eleitores, o CNE alcançou níveis satisfatórios de independência e confiabilidade (BALLIVIAN, 2009, p. 87). O caso da Bolívia também pode ser apontado como emblemático, pois após garantir uma certa estabilidade na condução das eleições, o CNE adquiriu cada vez mais funções institucionais de controle da burocracia eleitoral e partidária, especialmente pela possibilidade de resolver conflitos *interna corporis* de partidos políticos, controlar os gastos de campanha e fiscalizar os recursos públicos subvencionados aos políticos (BALLIVIAN, 2009, p. 88). Tal fenômeno parece ter se espreado para outros EDRBs latino-americanos que tendem a regular cada vez mais a vida político-partidária.

Em 1990, após um período eleitoral conturbado ocorrido dois anos antes, o México passou por reformas institucionais que reforçaram a perspectiva de seus ERDBs e EBMs. Os reformadores mexicanos apresentaram quatro estratégias principais: 1) maior regulação da atividade político eleitoral; 2) delegação da gestão das eleições para uma entidade independente do governo, o IFE (*Instituto Federal Electoral*); 3) submissão dos comícios eleitorais a uma supervisão maior pelos órgãos de controle; e 4)

implementação de um EDRB, o *Tribunal Electoral del Poder Judiciário Federal*, transferindo a resolução de conflitos eleitorais da Câmara dos deputados para um órgão do poder judiciário (SCHEDLER, 2009, p. 48-49).

Após uma reforma legislativa em 2014, as atribuições do *Tribunal Electoral del Poder Judiciario* foram reformuladas, substituindo um modelo de controle regionalizado e dependente de órgãos do Poder Executivo local (TORRES, 2016, p. 26) por um duplo âmbito de controle jurisdicional: um juízo nacional para as eleições federais e outro “subnacional” para as eleições regionais (TORRES, 2016, p. 26).

Dentre as atribuições deste Tribunal, criado em 1996, encontra-se o exercício da jurisdição especializada em contendas eleitorais de âmbito nacional durante o referido período, sendo responsável pela definição de jurisprudência que balizará os entendimentos dos tribunais subnacionais para as eleições vindouras (TORRES, 2016, p. 28) e a correta adequação dos atos e resoluções expedidos pelas autoridades eleitorais aos princípios constitucionais e legais estabelecidos (DE LOS REYES; GUEVARA, 2018, p. 227). A referida reforma ainda introduziu uma câmara sancionadora para os atos de abuso eventualmente cometidos pelos atores políticos, especialmente aqueles que protagonizaram irregularidades quanto ao exercício da comunicação política. Por fim, instituiu o *Código Nacional Electoral*, responsável por nacionalizar o regramento legislativo eleitoral mexicano, culminando em uma maior relevância das decisões emanadas de seus respectivos órgãos jurisdicionais (TORRES, 2016, p. 26).

No caso brasileiro, a justiça eleitoral se apresentou como um case de sucesso por três motivos (FLEICHER; BARRETO, 2009, p. 118): (1) centralização da gestão eleitoral em um órgão nacional, afastando o intento abusivo de elites locais; (2) neutralidade e independência, pelo fato do órgão estar vinculado ao poder judiciário; e (3) a melhoria de procedimentos eleitorais através de inovações tecnológicas. Dessa forma, o judiciário conseguiu se consolidar como um poder independente, capaz de fornecer respostas institucionais céleres e eficientes frente a eventuais abusos.

Portanto, interessante traçar algumas características comuns dos EDRBs latino americanos. Além de uma presença cada vez mais constante do poder judiciário, tais democracias buscaram maximizar a regulação da seara político-eleitoral, impedindo que os agentes políticos atuassem com maior liberdade (OROZCO-HENRÍQUEZ, 2010, p. 73). As escolhas político-institucionais para a instituição de um modelo de governança eleitoral

bem-sucedido dependem de fatores políticos e históricos, próprios do contexto local de cada país. Tal conclusão nos remonta à impossibilidade de existir um modelo universalista que consiga gerir, regular e julgar as eleições com a mesma eficiência em diferentes regiões do mundo. Contudo, um fator que pode ser apontado como essencial, para qualquer modelo, é que os cidadãos se encontrem em pleno gozo dos seus direitos políticos.

A instalação e a manutenção de regimes autoritários, ou mesmo a existência de atitudes autoritárias que convivem de maneira mais sutil com regimes democráticos, enfraquecem o potencial de ação protagonizado por um EDRB. Em razão da relativização de preceitos constitucionais e o eventual aumento da violência como modo de se resolver conflitos políticos, a exequibilidade das decisões proferidas por um EDRB tendem a ser renegadas por aqueles que descumprirem as normas (OROZCO-HENRÍQUEZ, 2010, p. 42). Ademais, o uso de uma estratégia de comunicação política que vise deslegitimar os institutos eleitorais pode reverberar para os EDRBs, que em eventuais decisões desfavoráveis a candidaturas autoritárias podem ter sua credibilidade esfacelada e deslegitimada perante a sociedade.

O essencial para que um EDRB consiga atuar com êxito em prol de se garantirem eleições justas e limpas repousa no desenvolvimento de uma cultura política e democrática, que deposita confiança na capacidade do EDRB cumprir com suas tarefas (OROZCO-HENRÍQUEZ, 2010, p. 42).

3.2 Entre a cruz e a espada: como definir a segurança em um ambiente em que reina a incerteza?

A democracia pressupõe a possibilidade de mudanças e transições. A hipótese de que determinado projeto político que antes se encontrava na oposição seja sagrado vencedor das urnas deve ser encarado com certa naturalidade. As eleições são um momento de naturais incertezas, pois ainda que as condições fáticas e políticas apontem para alguns favoritos, a rigor todos os competidores devem possuir chances, mesmo remotas, de se sagrarem vencedores. Nesse sentido, diante de uma probabilidade de mudança, a democracia se aperfeiçoa durante as eleições quando garante uma transição pacífica entre governos (AAKEN, 2009, p. 297).

Nesse sentido, um aparente paradoxo pode ser apontado. Pois, como vimos anteriormente, a segurança jurídica é essencial para se garantir um processo eleitoral íntegro. Em sua visão clássica, o conceito de segurança jurídica, como retratado, apresenta-se como sinônimo de certeza e

previsibilidade. Por outro lado, a incerteza não é apenas natural em um processo eleitoral, mas legítima o próprio aspecto democrático em um escrutínio. Contudo, o avançar das discussões sobre a segurança jurídica e a governança eleitoral parece ter respondido tal paradoxo.

As instituições eleitorais estão vinculadas com a implementação de “políticas públicas eleitorais”, cujo objetivo é “organizar a incerteza eleitoral promovendo certeza institucional” (MOZAFFAR; SCHEDLER, 2002, p. 11). Tal ambivalência se reflete diante da incerteza em se reconhecer de antemão o vencedor das urnas, paralelamente ao sucesso no âmbito institucional, pelo qual se visa garantir segurança técnica e legitimidade democrática do resultado do pleito (MEDINACELI; TORRES, 2017, p. 13); (AAKEN, 2009 p. 303). Portanto, um modelo de governança eleitoral bem estruturado garante a perpetuação da incerteza dos resultados dos votos, mas mitiga as incertezas relacionadas à qualidade das instituições eleitorais e das respostas dadas por ela à sociedade.

Nesse sentido, os principais objetivos de um sistema de governança eleitoral, seriam: (1) promover a eficiência administrativa; (2) apresentar neutralidade perante os conflitos políticos; e (3) prestar contas dos candidatos e de suas instituições aos eleitores (BARRETO, 2016, p. 192-193).

Conforme exposto, no contexto latino-americano, diante da existência de irregularidades, percebeu-se que as instituições eleitorais deveriam ser centralizadas em um órgão neutro.

Um histórico de fraudes eleitorais gera uma expectativa de que tais fraudes ocorrerão nos próximos pleitos. Diante desse cenário, a sociedade, desconfiada de seus quadros políticos, tende a clamar por reformas que retirem a discricionariedade de atuação dos mesmos. O que culmina no potencial reforço de instituições eleitorais e de outros aparatos burocráticos. A desconfiança, assim, ainda que podendo culminar em alguns efeitos deletérios, também se tornou essencial para o fortalecimento das próprias instituições (SCHEDLER, 2001, p. 189).

O perigo, porém, repousa na zona cinzenta, pois quadros de desconfiança podem apontar para duas direções distintas: (1) pleitear que as novas eleições sejam cada vez mais seguras, reforçando mecanismos de controle e *accountability* dos órgãos eleitorais; ou (2) desacreditar na própria democracia, reforçando um sentimento de inutilidade das eleições que pode culminar em guinadas autoritárias (SCHEDLER, 2001, p. 189).

A ausência de credibilidade dessas instituições perante a sociedade fomenta a desconfiança não apenas no processo em questão, mas espalha-se sobre todo o processo democrático e na confiabilidade da política como resolução de conflitos. Assim, os eleitores passam a questionar a importância do voto ou mesmo concluir naturalmente que os processos são fraudulentos (SOLIJONOV, 2016, p. 11).

É nesse cenário que possamos nos debruçar sobre a relação entre segurança jurídica com governança eleitoral.

A concepção *lato sensu* da segurança jurídica define-se como a salvaguarda do Estado de Direito e a proteção da integridade das relações sociais com as instituições estatais. Dessa forma, a segurança das eleições baliza o processo eleitoral de eventuais pressões políticas advindas de grupos de interesse que buscam macular o pleito para garantir a perpetuação de determinadas estruturas de poder (MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 2006, p. 107); (ONISHI, 2012, p. 66).

Nesse mesmo âmbito, a legitimidade se apresenta como instrumento central da garantia de processos eleitorais íntegros.

O processo eleitoral preconiza a existência de fatores suficientes para considerar determinada situação como em um plano de normalidade democrática, no qual a sociedade civil e a imprensa possam agir com certo grau de liberdade (BIRCH; VAN HAM, 2017, p. 491) e a comunicação política impere da mesma forma. Ainda que a situação *de jure* das instituições eleitorais pareça satisfatória com padrões internacionais de *accountability* e de gestão administrativa, ressaltamos que eleições íntegras somente podem ser perquiridas após a análise da situação *de facto* das eleições (BIRCH; VAN HAM, 2017, p. 498).

Contudo, a segurança jurídica em seu sentido *stricto* também se apresenta de fundamental importância. Ainda que as incertezas sejam naturais, as instituições eleitorais devem apresentar respostas contundentes e precisas à sociedade.

Uma eleição desprovida de erros é improvável que aconteça. Qualquer processo complexo como a gestão de um pleito é passível de erros. Conforme apresenta Aaken (2009, p. 303), os efeitos que uma deficiência técnica pode causar, como impulsionadora de uma desconfiança dos eleitores com as instituições eleitorais, independem do grau de amadurecimento democrático de determinados países.

Qualquer irregularidade administrativa ou de desconfiança com as instituições ou os agentes eleitorais possui o condão de agravar a confiança da sociedade e dos candidatos do processo eleitoral como um todo (SCHEDLER, 2009, p. 47). Por esse motivo, precisam apresentar resultados consistentes, que refletem a capacidade das instituições eleitorais de gerir um processo eleitoral com eficiência administrativa e munidas de instrumentos tecnológicos que impulsionem o sentimento de confiança do eleitorado (CARTER; FARRELL, 2010, p. 20); (SOLIJONOV, 2016, p. 9).

A certeza, portanto, é apresentada pelo devido funcionamento das instituições, tanto em âmbito administrativo quanto judicial, pelos quais as decisões devem ser apresentadas em um escopo de confiabilidade e legitimidade, com o fito de garantir a previsibilidade de um resultado íntegro.

4 Considerações finais

Após esse breve ensaio, conseguimos apresentar algumas conclusões preliminares sobre a noção da segurança jurídica sob o marco de estudo das eleições. Tais considerações, porém, não visam esgotar a temática, mas instigar o aprofundamento dos estudos nessa seara, especialmente diante das consequências normativas e políticas que podemos extrair delas.

Em um primeiro momento, foi possível vislumbrar que a América Latina trouxe uma importante contribuição para os estudos da governança eleitoral ao apresentar o judiciário como agente capaz de resolver o sentimento de insegurança da sociedade com as instituições eleitorais. Ainda que a expansão da judicialização no modelo de governança eleitoral deva ser analisado com precaução, ela trouxe resultados satisfatórios na confiança social, com as instituições eleitorais da América Latina.

A confiança nas eleições e a gestão de processos íntegros exponencializam a incerteza dos resultados eleitorais. A princípio, paradoxalmente, apontamos que a incerteza é responsável por garantir a segurança jurídica das eleições. Tal frase somente faz sentido, porém, se nos afastarmos de um conceito clássico de segurança jurídica, calcado em grande parte no processo hermenêutico de previsibilidade das decisões judiciais, e se caminharmos para um conceito que apresente a legitimidade como inerente à segurança.

Referências

- AAKEN, Anne Van. **Independent electoral management bodies and international election observer missions: any impact on the observed level of democracy? A conceptual framework.** *Constitutional Political Economy*. September, 2009, p. 296-322.
- ÁLVAREZ, Ángel E. **El Consejo Nacional Electoral y los dilemas de la competencia electoral en Venezuela.** *América Latina Hoy*, Salamanca, 51, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 61-76, 2009.
- BALLIVIÁN, Salvador Romero. **Medio siglo de historia del organismo electoral de Bolivia.** *América Latina Hoy*, Salamanca, 51, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 77-94, 2009.
- BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. A Justiça Eleitoral brasileira: modelo de governança eleitoral. **Paraná Eleitoral**. Curitiba, v. 4, n. 2, p. 189-216, 2016.
- BIRCH, Sarah; VAN HAM, Carolien. **Getting away with foul play? The importance of formal and informal oversight institutions for electoral integrity.** *European Journal of Political Research*, p. 487-511, 2017.
- CARTER, Elisabeth; FARRELL, David M. **Electoral Systems and Election Management.** In: LE DUC, Larry, NIEMI, Dick, NORRIS, Pipa (Org.) *Comparing Democracies 3*. Londres, Sage, p. 1-34, 2009.
- CERQUEIRA, Marcello. Recado ao Tempo: Democracia e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada: estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE.** Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 31-46, 2007.
- DE LOS REYES, Marco Antonio Pérez, GUEVARA, Alexander Reyes. **Judicialización de las elecciones o formación de la cultura de la legalidade Electoral, dilema fundamental para la democracia mexicana.** *Justicia Electoral*, núm. 20, vol. 1, julio-diciembre, 2018.
- ELKLIT, Jørgen, REYNOLDS, Andrew. **The impact of election administration on the legitimacy of emerging democracies: a new research agenda.** KELLOGG INSTITUTE: The Helen Kellogg Institute for International Studies. 2000. Disponível em: <https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/281_0.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2018.
- FLEISCHER, David, BARRETO, Leonardo. **El impacto de la justicia electoral sobre el sistema político brasileño.** *América Latina Hoy*, Salamanca, 51, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 117-138, 2009.

GIBLER, Douglas M.; RANDAZZO, Kirk A. **Testing the Effects of Independent Judiciaries on the Likelihood of Democratic Backsliding.**

American Journal of Political Science, Vol. 55, n. 3 Jul. 2011, p. 696-709.

GRAEFF, Caroline Bianca; BARRETO, Alvaro Augusto de Borba. O modelo de governança eleitoral brasileiro e a judicialização das regras político-eleitorais. **Revista Debates**. Porto Alegre, v. 11, n. 1, p. 99-118, jan.-abr. 2017.

HARTLYN, Jonathan, MCCOY, Jennifer, MUSTILLO, Thomas M. **Electoral Governance Matters: Explaining the Quality of Elections in Contemporary Latin America.** *Comparative Political Studies*. v. 41, n. 1, p. 73-98, 2008.

LEHOUCQ, Fabrice E. Can Parties Police Themselves? Electoral Governance and Democratization. **International Political Science Review**. Vol. 23, n. 1, p. 29-46, 2002.

LEÓN, Hugo Picado. Diseño y transformaciones de la gobernanza electoral en Costa Rica. **América Latina Hoy**, Salamanca, 51, Ediciones Universidad de Salamanca, p. 95-116, 2009.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e representação. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 262-269, 2006.

MARCHETTI, Vitor. Governança Eleitoral: O Modelo Brasileiro de Justiça Eleitoral. Dados – **Revista de Ciências Sociais**, vol. 51, núm. 4, p. 865-893. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil, 2008.

MEDINACELI, Julio Alejandro Ascarrunz, TORRES, Aníbal Germán. Gobernanza electoral en unidades subnacionales de Bolivia y Argentina: un análisis desde los procesos de empadronamiento. **Apuntes Electorales**, Año XVI, núm. 57, julio-diciembre, p. 9-40, 2017.

MOZAFFAR, Shaheen, SCHEDLER, Andreas. The comparative Study of Electoral Governance – Introduction. **International Political Science Review** (2002), vol. 23, No. 1, 5-27.

ONISHI, Yutaka. Electoral Management Bodies and Electoral Governance. **Japanese Journal of Electoral Studies**. Vol. 28, n. 2, p. 62-77, 2012.

OROZCO-HENRÍQUEZ, Jesús. **Electoral Justice: The International IDEA Handbook.** International Institute for Democracy and Electoral Assistance, p. 1-248, 2010. Disponível em: <<https://www.idea.int/>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela. Segurança Jurídica e Direitos Humanos: O Direito à Segurança de Direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**: estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 47-83, 2007.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica. Racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. **Analisi e Diritto**, 2012, p. 129-152.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**: estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 47-83.

SCHEDLER, Andreas. **Distrust Breeds Bureaucracy**: Democratization and the Formal Regulation of Electoral Governance in Mexico. Centro de Investigación y Docencia Económicas. Disponível em: <https://works.bepress.com/andreas_schedler/18/>. Acesso em: 03 dez. 2018.

SCHEDLER, Andreas. **Inconsistencias contaminantes**: gobernación electoral y conflicto poselectoral en las elecciones presidenciales del 2006 en México. América Latina Hoy, Salamanca, 51, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, p. 41-59.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança Jurídica. Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**: estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 15-30.

SOLIJONOV, Abdurashid. **Electoral Justice Regulations Around the World**: Key findings from International IDEA's global research on electoral dispute-resolution Systems. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2016, p. 1-70. Disponível em: <<https://www.idea.int/>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

TORRES, Luis Eduardo Medina. **Gobernanza y régimen Electoral en la reforma política de 2014**. Primera edición, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.

Felipe Gallo da Franca - Advogado e mestrando no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, vinculado à linha de pesquisa Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

O SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL E O MULTIPARTIDARISMO NA FORMAÇÃO DO PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO DE COALIZÃO

The proportional electoral system and the multipartism in the formation of the brazilian coalitional presidentialism

Luiz Henrique Borges de Azevedo Silva

Nayra Juliana Daniel de Azevedo

Resumo: O artigo promove uma análise sobre os sistemas eleitorais brasileiros na escolha de governantes e representantes. O sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 criou um modelo político que acabou se autoconsumindo pela própria forma de organização. Porém, ao prever que a escolha dos representantes do Poder Legislativo far-se-ia através do sistema proporcional porque este seria um modelo ideal de preservar as ideologias partidárias e permitir maior representatividade ideológica no Poder Legislativo, não contava que o excessivo número de partidos poderia esfacelar o próprio sistema em que fora instituído. Deste modo, vê-se que a deturpação do sistema proporcional acaba por conflitar com a sustentação do presidencialismo brasileiro. O objetivo do presente trabalho é apresentar como a mistura de um sistema eleitoral proporcional nos moldes existentes no Brasil somada ao multipartidarismo é capaz de destruir o presidencialismo brasileiro.

Palavras-chave: Sistemas eleitorais. Multipartidarismo. Presidencialismo de coalizão.

Abstract: The article promotes an analysis of the Brazilian electoral systems in the choice of leaders and representatives. The model adopted by the Federal Constitution of 1988 created a political model that ended up consuming self by the form of organization. To provide that the choice of the representatives of the legislature would be under the proportional system because this would be an ideal model to preserve partisan ideologies and allow greater ideological representation in the legislature lacked the partisan excess could shatter the system that was instituted. Thus, the distortion of the proportional system ultimately conflict with the support of Brazilian presidentialism. The aim of this paper is to present as a mixture of a proportional electoral system in existing molds in Brazil coupled with the multi-party system is capable of destroying the Brazilian presidentialism.

Keywords: Electoral systems. Multipartism. Coalitional presidentialism.

1 Introdução

Os sistemas partidários são formas de escolha para se chegar aos representantes do povo, visto que atualmente a democracia pura, com a participação popular direta, não é medida possível. Esses sistemas são formas de escolha, podendo, segundo as fundamentações de suas criações, refletir a voz do povo através de uma pessoa (sistema majoritário) ou de ideologias (sistema proporcional).

No Brasil, o sistema majoritário foi o escolhido para as eleições do Poder Executivo, entre elas, para a do Presidente da República. Ocorre que, no sistema presidencialista, embora haja a previsão constitucional da separação e independência dos poderes, vê-se que, na verdade, essa independência não funciona exatamente como se imaginava, vez que há uma estreita ligação entre Executivo e Legislativo na tomada de decisões do país.

Para as eleições do Poder Legislativo, a Constituição de 1988 achou por bem que a escolha fosse feita através do sistema eleitoral proporcional. Assim, as casas legislativas iriam possuir uma representatividade ideológica maior, permitindo grandes debates para a solução dos problemas do país, coadunando-se com a garantia do pluripartidarismo constitucional, chamado por alguns de multipartidarismo.

Todavia não foi isso que ocorreu, e o multipartidarismo acabou ocasionando um presidencialismo de coalizão dentro da república brasileira, com as relações entre os poderes Executivo e Legislativo tomando caminhos moralmente questionáveis em nome da governabilidade.

Deste modo, este artigo demonstrará o quanto prejudicial o sistema eleitoral proporcional nos moldes escolhidos é para o presidencialismo brasileiro. A forma apresentada pela Constituição de 1988 acabou oportunizando a sua autodestruição ao mesclar um multipartidarismo, sem bases ideológicas, com os fortes laços entre os poderes Executivo e Legislativo para buscar a governabilidade do país.

2 Sistema majoritário para as eleições do executivo

Os sistemas eleitorais visam à organização das eleições e à conversão de votos em mandatos políticos, buscando proporcionar uma captação eficiente, segura e imparcial da vontade popular demonstrada de maneira democrática, de modo que os mandatos eletivos sejam exercidos com legi-

timidade. Ainda cabe aos sistemas eleitorais prover meios para que os diversos grupos sociais sejam representados e as relações entre representantes e representados se fortaleçam (TORRES, 2016).

O sistema eleitoral brasileiro é formado por vários sistemas eleitorais que são usados no país, cuja função é a escolha de seus governantes e representantes. O referido sistema foi criado pela Constituição de 1988 e pelo Código Eleitoral perante a Lei nº 4.737 de 1965, sendo também regulada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (XEREZ, 2012).

A Constituição vigente inaugurou em seu texto dois sistemas de representação eleitoral: o majoritário e o proporcional de lista aberta. No primeiro, vence o candidato que obtiver a maioria dos votos, sendo que tal sistema é utilizado nas eleições para os chefes do Poder Executivo e os senadores. Ele se classifica em puro ou simples e em dois turnos ou absoluto. No puro, vence o candidato que obtiver a maioria dos votos. Já em eleição em dois turnos, vence o candidato com a maioria absoluta dos votos válidos (SOARES, 2003, p. 1-24).

O sistema majoritário simples é adotado nas eleições para Senador e Prefeito de Municípios com menos de 200 mil eleitores (art. 29, II, CR/1988). E o sistema majoritário absoluto é adotado nas eleições para Presidente da República, Governadores e Prefeitos de Municípios com mais de 200 mil eleitores (GOMES, 2015).

Dentro do sistema majoritário, é necessário estabelecer o contingente mínimo de votos para que um determinado candidato venha a ser declarado eleito, pois, ao se considerar o sistema de maioria simples, não existe a certeza de que o candidato mais votado tenha recebido mais de 50% dos votos, e essa situação somente será garantida se for realizado o sistema de dois turnos ou pelo voto alternativo.

3 O funcionamento do sistema presidencialista

As relações entre as funções executiva e legislativa dos Estados costumam ser regidas de maneira diversificada conforme o sistema de governo adotado, que pode ser o presidencialista ou o parlamentarista (DANTAS, 2011). Segundo Soares (2003, p. 4):

As características originárias do presidencialismo são encontradas na formação desse sistema de governo, nos Estados Unidos da América. Os colonos não tinham e não queriam os nobres e a monarquia.

No entanto, eles criaram um novo Estado e precisavam de um mecanismo eficiente para governar, diferente dos tradicionais, existentes no Velho Mundo. Nesse ambiente nasceu o presidencialismo, um sistema de governo marcado pelo equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo. Nele, o líder maior não recebe o cargo por herança, mas também não pode ser retirado dele conforme as tempestades políticas; o Legislativo cria as leis, mas o Executivo pode impedir o nascimento de leis impróprias para o país; o governo é unipessoal, marcado pela predominância do Executivo, o qual depende, no entanto, do Legislativo para conduzir as decisões do Estado. Tudo isto registrado em uma Constituição, Lei Maior, capaz de manter as regras dessa estrutura e dar segurança à sociedade.

No Brasil, o sistema político é presidencialista, constituído por três poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, os quais são exercidos, respectivamente, pelo presidente da República, pelo Parlamento (no caso do Brasil, Câmara dos Deputados e Senado Federal) e pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Suprema (LEITE, 2016).

Para auxiliar o Presidente da República, foram criados os Ministros de Estado, pessoas de sua confiança que podem, a qualquer momento, ser nomeados e, também, exonerados, sendo que a produção das leis fica a cargo do Congresso Nacional. Dentro desse sistema, a principal característica é a independência dos poderes. Desse modo, a mudança de presidente não significa a mudança na força dos partidos no congresso, e vice-versa (LEITE, 2016).

Dantas (2011, n.p.) e alguns doutrinadores contemporâneos descrevem um terceiro sistema de governo, o qual é chamado de semipresidencialismo, em que existem duas figuras.

O primeiro, a do chefe de governo (em muitos casos, com a denominação de primeiro-ministro), que exerce o poder executivo, mas não na sua totalidade; o segundo, a do chefe de estado, denominado de Presidente, que dirige a política externa, e também exerce uma parcela de funções executivas.

Nessa perspectiva, o Poder Executivo, ao incluir a direção da Administração Pública, atua, de maneira compartilhada, de algum modo, por dois titulares.

De acordo com Leite (2016), o sistema presidencialista reconheceu, de forma clássica, o princípio da separação dos poderes. Nesse sistema, o presidente eleito se situa, de maneira direta ou indireta, em relação à origem, em situação de igualdade com o Congresso Nacional. Desse modo, todo o Poder Executivo se concentra na pessoa do Presidente da República, que é Chefe de Estado, Chefe de governo e Chefe da Administração Pública. Devido a essa última característica, costuma-se dizer que, enquanto nos Estados parlamentares os partidos têm história, nos Estados presidencialistas, a história conta-se pela pessoa do Presidente (LIMONGI, 2006).

O modo de operar do governo brasileiro é o mesmo da maioria das demais democracias contemporâneas (VANIN, 2012). O Executivo controla a agenda legislativa, logrando aprovar a maioria de suas proposições, uma vez que está ancorado por sólido e consistente apoio partidário (VANIN, 2012).

Outra característica reside na possibilidade de o partido presidencial não ser majoritário no Legislativo. Um exemplo emblemático foi o do Presidente Collor, eleito pelo Partido da Reconstrução Nacional (PRN), à época, com presença inexpressiva no Congresso Nacional, algo nunca visto na história política do país (LEITE, 2016).

O presidencialismo direciona à compreensão de outras características relacionadas a esse sistema, conforme será exposto a seguir.

4 O sistema eleitoral proporcional e o multipartidarismo

O sistema proporcional é um modelo considerado recente, uma vez que somente foi aceito no século XX, embora esteja presente na Constituição Francesa de 1793, tendo sido utilizado pela primeira vez na Bélgica em 1900 (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2003).

A principal característica do sistema proporcional é o quociente eleitoral. Tal mecanismo determina os partidos e/ou coligações que ocuparão as vagas em disputa nos cargos de deputados federal e estadual, e de vereador. Esse quociente eleitoral é verificado ao ser dividido o número de votos válidos apurados pelo de vagas a preencher em cada circunscrição eleitoral. Nesse caso, os votos válidos contados são apenas aqueles dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias (Lei nº 9.504/1997, art. 5º). Para Moraes (2002, p. 985):

O sistema proporcional adota duas formas para definir quais candidatos serão eleitos: o escrutínio de lista (aberta e fechada) e o voto de legenda. No sistema aberto não há ordem de precedência entre os candidatos apresentados pelo partido, sendo eleitos os que forem mais votados, enquanto na lista fechada o partido confecciona uma lista partidária e estabelece uma ordem de prioridade entre os seus candidatos, em decorrência disso são eleitos os candidatos que estiverem colocados nas primeiras posições da referida lista.

A Constituição Federal de 1988 assegura que esse sistema é utilizado para fazer a composição do Poder Legislativo, com exceção do Senado Federal, que é regido pelo sistema majoritário. Nesse sentido, as vagas de deputados federais, estaduais, distritais e vereadores serão distribuídas em proporção aos votos obtidos pelos partidos ou coligações partidárias.

Para que a distribuição seja proporcional ao número de cadeiras, o distrito deve eleger um número mais ou menos elevado de representantes, havendo a necessidade de ser geograficamente extenso e mais ou menos populoso. Nesse caso, o eleitor votará não no candidato somente, ou no sistema majoritário, mas, num certo número, numa lista de candidatos. O voto será plurinominal e, por isso, recebe a denominação de “escrutínio de lista”, muitas vezes inapropriadamente (TEIXEIRA, 1991).

A eleição proporcional é usada no Brasil para determinar os representantes da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores. O sistema eleitoral do país prevê a adoção de um sistema de lista aberta, na qual se reúnem os votos gerais dos candidatos de cada partido. Tal *ranking* dá origem às listas partidárias, compostas pelos candidatos mais votados de determinado partido naquele pleito. Nos sistemas desse tipo, cada partido obtém um número de vagas proporcionais à soma dos votos em todos os seus candidatos, e essas vagas são distribuídas, pela ordem, aos candidatos mais votados daquele partido.

Torres (2016) menciona que, ao contrário do sistema majoritário, o proporcional pode ser realizado de duas maneiras: lista aberta ou lista fechada. No primeiro caso, os eleitores escolhem diretamente seus candidatos. Já no segundo, o eleitor vota somente no partido político, ficando este encarregado de selecionar, por uma votação de lista, os candidatos que verdadeiramente ocuparão os mandatos eletivos.

No sistema eleitoral proporcional, tem importância o número de votos válidos para o partido político, pois, ao votar na legenda, faz-se a escolha por partido. O art. 109 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965) esclarece como se chega ao número de votos válidos.

Ao analisar a realidade brasileira, Ramayana (2011) comenta que boa parte da doutrina compreende que o sistema majoritário é mais adequado que o proporcional, uma vez que ele termina por conferir poder aos candidatos que não representam opiniões, já que são eleitos por grupos singularizados. Porém existe uma corrente doutrinária que reconhece que o sistema proporcional é mais apropriado para o exercício democrático do poder, em razão de assegurar às minorias o direito de representação.

O multipartidarismo se caracteriza pela existência de três ou mais partidos, no qual todos têm capacidade de chegar ao poder.

Para Reis (2015), conhece-se por “multipartidarismo” a exagerada proliferação de agremiações partidárias ou, ainda, o sistema pluripartidarista em excesso, a utilização desenfreada do princípio do pluripartidarismo presente no art. 17 da Constituição Federal.

O sistema multipartidário tem cunho bastante democrático ao conferir autenticidade ao governo, reconhecido como centro de coordenação ou compromisso dos distintos interesses presentes nas várias classes da sociedade, classes cuja voz de participação, através do partido político se alça assim à esfera do poder (GOMES, 2015).

Existem atualmente no Brasil 35 partidos políticos em funcionamento e devidamente registrados no Tribunal Superior Eleitoral, e ainda por volta de 30 associações com pedido de registro de legenda em trâmite no TSE. Desse modo, corre-se o risco de o país contar, nos próximos anos, com algo em torno de 60 legendas (REIS, 2015).

De acordo com Crespo (2010), a existência de inúmeros partidos no Brasil não implica que todos têm a capacidade de assumir o poder. A título de exemplo, citam-se os quatro partidos dominantes: PSDB, DEM, PT e PMDB. Contudo, o título “partido dominante” não faz inferir diferença de programas ou ideologias. Basta atentar para as políticas econômicas que são mantidas e as propostas são basicamente idênticas nos conteúdos centrais (educação, saúde, economia).

Por outro lado, no sistema presidencialista, a pulverização partidária é indicada como elemento que enfraquece o regime, ao lhe determinar

muitas vezes seu colapso. Em sistemas parlamentaristas, o multipartidarismo pode conduzir a governos coalizados, com gabinetes de composição heterogênea, sem rumos políticos coerentes, sujeitos a uma instabilidade inequívoca (CORDEIRO, 2009).

5 O presidencialismo de coalizão

Quem primeiro mencionou o termo presidencialismo de coalizão foi Sérgio Abranches (1988). Posteriormente, as reflexões do autor serviram de suporte para outros estudos. Em seu trabalho, Abranches procurou apresentar boa parte dos problemas e complexidades que estariam presentes no sistema de governo presente no Brasil, associando à sua análise política importantes aspectos sociológicos, históricos e econômicos, específicos do caso brasileiro (SANTOS, 2003).

Timothy Power (apud COSTA, 2013) tratou do assunto no texto “O presidencialismo de coalizão na visão dos parlamentares brasileiros” e, nesse artigo, o pesquisador recorreu a vários autores para demonstrar que o presidencialismo de coalizão não é, de maneira nenhuma, uma exclusividade brasileira, pois governos de coalizão existem em 78% dos países parlamentaristas e em 66% das nações presidencialistas.

Coalizão diz respeito a acordos entre partidos e a alianças entre forças políticas para alcançar certos objetivos. Em realidades nas quais predomina o sistema multipartidário, no qual há mais que dois partidos relevantes disputando eleições e ocupando cadeiras no Congresso, dificilmente o partido do presidente possuirá ampla maioria no Parlamento para aprovar seus projetos e implementar suas políticas (CODATO; COSTA, 2006).

De acordo com Abranches (1988), a multiplicação de demandas acentua a tendência histórica de intervenção ampliada do Estado, o qual se desdobra em inúmeras agências que desenvolvem diversos programas ao beneficiar distintas clientelas. Espalham-se os incentivos e os subsídios, criam-se a rede de proteção e as regulações estatais. Tal movimento se configura em um resultado aparentemente contraditório, que limita progressivamente a capacidade de ação governamental.

Conforme Ricci (2008):

Uma coalizão é uma aliança de governo (e não apenas eleitoral), típica do parlamentarismo. Ocorre que esta possibilidade foi aberta com a Constituição Federal de 1988, que aumentou sobremaneira o

poder do parlamento sobre o executivo. Na época, acreditava-se que o parlamentarismo seria aprovado pelo plebiscito nacional, o que de fato não ocorreu. Assim, criamos uma ambivalência no sistema político que é centralizado como todo presidencialismo, mas vinculado e dependente do parlamento, como ocorre no parlamentarismo. A situação ficou ainda mais complexa na medida em que as bancadas estaduais (nas Assembleias Legislativas e Câmara Federal) ficaram, desde a última eleição, mais vinculadas ao poder de mando dos governadores. Levantamento realizado pelo Instituto Cultiva revelou que 13 governadores atuais comandam diretamente entre 50% e 75% das bancadas de seus Estados.

Como se pode depreender, a coalizão acaba por retirar do governo sua independência para governar, pois este fica sempre submetido a alguma aliança ou partido. Nesta perspectiva, sinaliza-se que querer aplicar regras de organização observadas em outras formações sociais, com história e estruturas diversas, corresponderia a um exercício de engenharia institucional artificial e exótico.

Figueiredo e Limongi avaliaram que o resultado da manutenção dessas instituições conduziria a um sistema com fortes tendências à inoperância com risco à paralisia, sendo, portanto, um sistema político em que um presidente impotente e fraco contrapor-se-ia a um legislativo povoado por uma miríade de partidos carentes de disciplina (ABRANCHES, 1988).

Conforme Limongi (2006, p. 20):

Do ponto de vista descritivo, o sistema político brasileiro, não há dúvidas, pode ser nomeado como um presidencialismo de coalizão. Afinal, a forma de governo adotada é o presidencialismo e governos recorrem à formação de coalizões para obter apoio para suas iniciativas. Logo, em si mesmas, essas características não implicam ou justificam a aspiração à originalidade. Mais do que isso, se recorrermos a evidências empíricas sistemáticas, como procurarei mostrar, não é possível manter quer a aspiração à originalidade, quer os juízos negativos. Ainda que trate apenas tangencialmente dos demais pontos, não é possível sustentar que os partidos brasileiros não são capazes de estruturar coalizões partidárias ou que o poder tradicional regule e controle os resultados eleitorais.

Nesse entendimento, do ponto de vista da sua estrutura, da forma como efetivamente funciona, são poucos os aspectos que distinguem o sistema político brasileiro de outras democracias ditas avançadas ou consolidadas. Isso porque a maneira como o processo decisório é organizado, mais particularmente o poder de agenda conferido ao Executivo, garante ao governo brasileiro a capacidade de operar em bases similares às de grande parte das democracias existentes.

Ricci (2008), ao trazer o tema para a atualidade, cita um exemplo do governo Lula para ilustrar os efeitos nefastos desse sistema.

Consolidado no campo institucional e na base social do país, o governo Lula conseguiu forjar uma poderosa estrutura de poder (e não apenas governo, como chegou a afirmar Frei Betto). Desmantelou qualquer estrutura de participação direta no governo, eliminou as audiências públicas para discutir o Plano Plurianual (PPA) da nova gestão, comunica-se pontualmente com movimentos sociais, não encaminhou a lei de fomento às ONGs, nem abriu os dados de execução orçamentária (o que foi feito pelo Senado através do Siga Brasil) para a sociedade civil. Trata-se de um governo de centro, social-liberal, um mosaico ou condomínio ideológico-partidário. Daí encontrarmos algumas instâncias governamentais mais ou menos próximas aos movimentos sociais, às redes de defesa de direitos sociais, a projetos históricos de organizações populares do país. Seu vínculo e legitimidade com alguns movimentos sociais ocorrem através de transferência de recursos orçamentários ou acordos pontuais.

Nessa perspectiva, a coalizão presidencialista se constitui como um imenso plano de poder e/ou de manutenção do poder político, o qual se articula pelas políticas de transferência de renda e por meio de negociações com as outras forças sociais, sempre pelas vias políticas institucionalizadas, que envolvem todo tipo de representantes públicos e bancadas parlamentares num processo de negociação de cargos e orçamento público.

Ao criticar tal sistema, Piva (2010, p. 32) ressalta que este tende a se transformar da seguinte maneira:

- a) Sistema partidário fragmentado, que ameaçaria a governabilidade e a estabilidade do regime democrático;
- b) Ausência de partidos fortes, isto é, disciplinados, coesos, programáticos e, por essa razão, aptos a estruturar as preferências políticas dos eleitores;

- c) Falta de vínculos entre os parlamentares e seus eleitores;
- d) Proliferação de políticos individualistas que, quando se aproximam de seus eleitores, cultivam uma relação clientelista, oferecendo bens e serviços em troca de votos;
- e) Corrupção estimulada pelas regras de financiamento de campanhas.

Analisando-se as colocações do autor supracitado, nota-se que a realidade política do país já sinaliza cada um desses problemas.

Acerca disso, ressalta-se que, quanto menor a dependência eleitoral dos candidatos com relação às respectivas lideranças partidárias, menor também serão a disciplina e a coesão desses partidos em sua atuação parlamentar. Ou, ao contrário, quanto maior for o peso da reputação pessoal do candidato em sua própria eleição e menor a influência do fator partidário, maior deverá ser o paroquialismo expresso no comportamento congressional desse futuro legislador (SANTOS, 2003).

Abranches (1988) complementa ao dizer que muitas análises do caso brasileiro e, sobretudo, a imagem que é passada para a opinião pública do país é que seus problemas emergem de um sistema político frágil. Para o autor, fica evidente que os dilemas do país derivam muito mais da incapacidade das elites em compatibilizar o formato institucional do país com o perfil heterogêneo, plural, diferenciado e desigual da ordem social brasileira.

A partir da fixação do conceito do presidencialismo de coalizão, alguns teóricos brasileiros buscaram compreender as relações entre Executivo e Legislativo, assim como as características de funcionamento com base em coalizões políticas para, tendo por base esse eixo, caracterizar o sistema de presidencialismo pátrio. Entre essas características, estaria uma tipificação particular diferenciada: a de, utilizando-se alguns instrumentos constitucionais, regimentais e de construções de maiorias, sobrepor-se o Poder Executivo ao Poder Legislativo e, aquele sobre este, impor sua agenda política, cabendo ao Legislativo, tão somente, agregar-se ao projeto político vitorioso (MENDES, 2009).

6 As relações entre o poder executivo e o poder legislativo

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a república presidencialista como forma de governo ao estabelecer como um de seus princípios fundamentais a divisão das funções estatais em três distintos órgãos: o Poder Legislativo, a ser exercido pelo Congresso Nacional; o Poder Executivo,

a cargo da Presidência da República, e o Poder Judiciário, atribuído aos tribunais e aos magistrados federais e estaduais, variando a competência de cada juízo conforme o determinado em lei.

Em seu art. 49, a Carta Magna confere poder ao Legislativo para interferir nas ações do Poder Executivo.

É de competência exclusiva do Congresso autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias (inc. III); sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (inc. V); aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares (inc. XIX). Ou ainda no art. 50, caput: A câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas comissões poderão convocar Ministro do Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada. Estes exemplos poderiam ser multiplicados como na competência da Câmara dos Deputados para instauração de processo de contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros do Estado (art. 51, inc. I).

Com essa disposição, a Carta Magna prevê a interferência de um poder sobre o outro sempre que se fizer necessário. A harmonia no exercício dos Poderes estatais se constitui de respeito mútuo às prerrogativas atribuídas a cada Poder, com colaboração e controle recíprocos, no sentido de construir os objetivos da república. Os Poderes se relacionam de forma tal que há interferências previstas e necessárias ao estabelecimento de um equilíbrio entre eles, na busca de evitar todas as formas de desmando possíveis (MORAES, 2001).

Deste modo, a análise sistemática da dinâmica institucional brasileira, à luz da Constituição de 1988, encontrou na formulação das políticas públicas fonte alternativa de explicação a respeito da interação Executivo-Legislativo. Anteriormente, a ausência de pesquisas sistemáticas sobre os poderes Executivo e Legislativo e o relacionamento entre eles deu azo a alguns juízos negativos e predições catastróficas acerca do comportamento parlamentar e partidário e o papel do Congresso no sistema decisório nacional.

Há um Estado em que o soberano concentra em si todas as funções: a função de legislar, a de julgar e a de administrar, detendo o controle de tudo e de todos, não cabendo indagações quanto à legitimidade, à qualidade ou mesmo à validade das decisões desse soberano (MORAES, 2001).

Atualmente, não há como negar que o Estado não pode funcionar sem o mecanismo de delegação de poderes. O Parlamento, qualquer que seja sua esfera (Federal, Estadual, Distrital ou Municipal), é um poder lento por natureza. E não pode ser muito diferente (VAZ, 2000).

A relação mais próxima entre os poderes se dá porque o Estado brasileiro abandonou o presidencialismo clássico, com poderes divididos. A evolução da sociedade obrigou uma aproximação, e mesmo uma interferência dos poderes, em especial, do Poder Executivo com o Poder Legislativo.

O Executivo brasileiro organiza o apoio à sua agenda legislativa em bases partidárias, em modelos similares aos regimes parlamentaristas. O Presidente da República distribui as pastas ministeriais com o objetivo de obter o apoio da maioria dos legisladores; partidos que recebem pastas são membros do governo e devem comportar-se como tal no Congresso, votando a favor das iniciativas patrocinadas pelo Executivo (AVRITZER, 2016).

7 Mudanças e novas perspectivas

A realidade do sistema político brasileiro demonstra que reflexões são necessárias para que se construa e/ou reconstrua um modelo que, de fato, tenha sua representatividade frente à população (HAKIM, 2016). Déficit de cidadania é traço marcante da democracia brasileira. Raros são os momentos em que o povo vai às ruas para revelar sua vontade. Desde 2014, porém, nota-se o inconformismo da população por meio de manifestações populares, demonstrando a intolerância com a ingerência e com a corrupção no país (AVRITZER, 2016).

O que se vê é que o presidencialismo de coalizão, de certa maneira, contribuiu para que ocorresse um enriquecimento do poder supremo do país, pois têm-se nesse modelo muitas interferências e, até mesmo, falta de autonomia tanto dos partidos quanto do próprio Poder Executivo (HAKIM, 2016).

Ao analisar o panorama político marcado por fortes crises com a transição de um governo interino para sua formalização após o processo de impeachment da presidente então reeleita por voto popular (1º.1.2015:

posse 2º mandato; 1º.8.2016: *impeachment*) é preciso considerar a análise dos representantes do Centro de Referência do Interesse Público (AVRITZER, 2016, n.p.).

Na nossa opinião, o Brasil foi constituído a partir de uma fraca noção de identidade pública e sob a batuta de interesses privados muito fortes. O nosso estado é um estado forte demais para conceder favores e fraco demais para estabelecer com clareza os limites entre o público e o privado, especialmente para os poderosos. É verdade que a opinião pública se indigna com razão a cada um dos episódios políticos, mas a verdade é que a sua raiz reside em aspectos quase estruturais da cultura brasileira. Uma incapacidade de construir uma noção forte daquilo que é público na política.

Essa crítica reside em tudo a que se assiste, pois, a propósito do que já foi citado, o País conta hoje com um número muito grande de partidos que, de um modo ou de outro, acabam se multiplicando e interferindo ao mesmo tempo nas decisões maiores, como as do Poder Legislativo.

A população brasileira aumentou a sua atenção e a sua rejeição à questão da corrupção nos últimos anos. No entanto, têm faltado à população os meios para melhorar a qualidade do sistema político brasileiro. Estes podem vir ou através de iniciativas da sociedade civil ou através de mudanças na legislação e aprimoramentos institucionais que impliquem em melhorias no controle da corrupção. Dentre as diferentes iniciativas que são possíveis, uma se destaca devido à sua origem na sociedade civil: a proposta da lei da ficha limpa (RIBEIRO; PEREIRA; BENEDICTO, 2013, n.p.).

Fato é que tanto a Lei da Ficha Limpa quanto a Lei nº 13.165/2015 (que altera substancialmente as exigências no processo eleitoral) contribuíram para que ocorresse mudanças no sistema político do país, mas não foram capazes ainda de extinguir a corrupção que se configura atualmente como uma chaga social.

Conforme Avritzer (2016), o país sofre com corrupção, a fraqueza das instituições, e os problemas na economia, havendo muito o que se fazer para mudar tal cenário. O Brasil já experimentou muitas crises no passado, mas, desta vez, está mais preparado para lidar com elas.

As reformas da administração pública contribuíram para melhorar a capacidade de decisão política e para a descentralização do Estado, com a implementação da coordenação horizontal e modernização do potencial humano de gestão.

Potencializar saberes para conduzir um sistema político que de fato possa atender aos interesses da população se configura, hoje, num dos maiores desafios dos representantes públicos, pois, para se delinear um modelo desejado, é necessário reiniciar nas bases, e tal construção também precisa contar com a participação popular.

8 Considerações finais

Muito se fala da crise política brasileira. Várias “reformas” são realizadas sem que se consiga alcançar grandes reflexos na estrutura existente. Isto porque as mudanças apresentadas são sempre superficiais e as grandes alterações necessárias são deixadas num segundo plano, para um momento político mais propício.

É preciso romper algumas amarras criadas pela Constituição Federal de 1988 e fazer uma verdadeira reforma política (quicá, até mesmo constitucional). O sistema político eleitoral existente já demonstrou seus sinais de esgotamento. A quantidade de partidos que há sem a apresentação de verdadeiras ideologias, até porque não haveria tantas ideologias assim, ao invés de contribuir para a democracia, acaba representando um retrocesso.

Já está provada a necessidade de mudança no sistema eleitoral. Mas, para isso, é preciso coragem para mudar. Coragem porque a elite política não quer jamais sofrer alterações em sua zona de conforto. O rompimento do atual modelo político resultaria no fim de alguns partidos e benefícios.

Porém, se não se desvincular dessas velhas amarras entre os poderes Legislativo e Executivo, com seus estreitos laços de articulações e acordos, o Brasil caminha para sua autodestruição política e democrática.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 5-34, 1988.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AVRITZER, Leonardo. **A realidade política brasileira**. 2016. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-realidade-politica-brasileira>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

CODATO, Adriano; COSTA, Luiz Domingos. **O que é o presidencialismo de coalizão?** 2006. Disponível em: <<http://adrianocodato.blogspot.com.br/2006/12/o-que-o-presidencialismo-de-coalizo.html>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. Sistemas partidários e sistemas eleitorais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6357>. Acesso em: 20 jul. 2017.

COSTA, Sylvio. **O presidencialismo de coalizão**. 2013. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/o-presidencialismo-de-coalizacao>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

CRESPO, Victor Hugo Marcão. Sistema partidário e o modelo brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12427?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7961&revista_caderno=28>. Acesso em: 18 jul. 2017.

DANTAS, Rosalliny Pinheiro. **Sistema presidencialista: origens, características e adoção pelo Brasil**. 2011. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.35865>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por princípios majoritário e proporcional?** 2015. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2542454/o-que-se-entende-por-principios-majoritario-e-proporcional>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

HAKIM, Peter. **Política brasileira funciona há muito tempo no improviso**. Carta Capital, 2016. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/politica-brasileira-funciona-ha-muito-tempo-no-improviso-3296.html>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

LEITE, Antonio Teixeira. Os sistemas de governo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4587, 22 jan. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45971>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estud. - CEBRAP* [online]. n. 76, p. 17-41, 2006a. ISSN 0101-3300. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>. Acesso em: 27 jul. 2017

_____. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Novos Estudos**, n. 76, nov. 2006b.

MORAES, Alexandre de. **One man one vote**: constituição do Brasil interpretada. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Filomeno. Executivo e Legislativo no Brasil pós-Constituinte. **São Paulo Perspec.** [online]. v. 15, n. 4, p. 45-52, 2001. ISSN 0102-8839. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400006>. Acesso em: 27 jul. 2017

PIVA, Otávio. **Presidencialismo sem coalizão**: a ruptura do modelo de relacionamento entre poderes no governo Collor. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

REIS, Marisa Amaro dos. **Multipartidarismo brasileiro**: o excesso de partidos políticos e suas implicações. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38882/multipartidarismo-brasileiro-o-excesso-de-partidos-politicos-e-suas-implicacoes>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

RIBEIRO, Livia Maria de Pádua; PEREIRA, José Roberto; BENEDICTO, Gideon Carvalho de. **As reformas da administração pública brasileira**: uma contextualização do seu cenário, dos entraves e das novas perspectivas. 2013. Disponível em: <<http://200.144.182.143/escolausp/wp-content/uploads/2015/05/Reformas-administra>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

RICCI, Rudá. A coalizão presidencialista. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 33, p. 2, 2008. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/083/83ricci02.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

SANTOS, Fabiano. **O poder legislativo no presidencialismo de coalizão**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. Características do presidencialismo no Brasil e fragilidade democrática: dificuldades de controle do presidente da república no Brasil. **Semina: Ciências Sociais e Humanas**, Londrina, v. 24, p. 1-24, set. 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Eleição majoritária e proporcional**. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/05/eleicao-majoritaria-e-proporcional>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

TORRES, Damiana. **Sistemas eleitorais brasileiros**. 2016. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-4-ano-4/sistemas-eleitorais-brasileiros>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SANTA CATARINA. **Entenda o funcionamento do sistema eleitoral proporcional**. 2010. Disponível em: <<http://tre-sc.jusbrasil.com.br/noticias/2411741/entenda-o-funcionamento-do-sistema-eleitoral-proporcional>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

VANIN, Carlos Eduardo. **Sistema presidencialista**. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/289833/sistema-presidencialista>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

VAZ, Anderson Rosa. Reestruturação do Poder Legislativo: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/232>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

XEREZ, Alex Sanford Rangel. **Breves considerações sobre o sistema eleitoral no Brasil**. 2012. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7734/Breves-consideracoes-sobre-o-Sistema-Eleitoral-no-Brasil>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Luiz Henrique Borges de Azevedo Silva - Técnico Judiciário do TRE/GO e professor do Instituto Aphoniano de Ensino Superior. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB, especialista em Direito Penal (UFG), Direito Público (FESURV), Direito Constitucional (UFG) e Gestão Estratégica Educacional (FMB).

Nayra Juliana Daniel de Azevedo - Advogada e professora do Instituto Aphoniano de Ensino Superior. Mestre em Desenvolvimento Regional pela ALFA, especialista em Direito Processual Penal e Civil (FESURV), Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (Uni-Anhanguera) e Gestão Estratégica Educacional (FMB).

CRIAÇÃO DE UM NOVO PARTIDO: JUSTA CAUSA PARA A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA?

Creation of a new political party: just cause for political party infidelity?

Rodrigo Élcio Marcelos Mascarenhas

Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira

Resumo: Este texto objetiva apurar o posicionamento normativo, doutrinário e jurisprudencial em relação à fidelidade partidária quando um parlamentar, com mandato em exercício, busca a transferência para partido político recém-criado. A pesquisa parte principalmente da análise dos dispositivos legais aplicáveis à espécie, principalmente depois da edição da Lei Federal nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, que não prevê como justa causa, para mudança partidária, a criação de nova legenda. A abordagem tem caráter teórico argumentativo e utiliza a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Com base em doutrinas nacionais, estrangeiras, e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, fica constatado alinhamento pela não admissão de transferência de partido baseada na hipótese de filiação a um partido novo, ensejando, portanto, a perda do mandato do parlamentar infiel.

Palavras-chave: Princípios constitucionais eleitorais. Sistema eleitoral proporcional. Minirreforma eleitoral. Inconstitucionalidade. Fidelidade partidária.

Abstract: This text aims to determine the normative, doctrinal and jurisprudential positioning about party loyalty when a member of parliament, with a current mandate, seeks the transfer to a newly created political party. The research is mainly based on the analysis of the legal provisions applicable to the species, especially after the publication of Federal Law number 13,165, dated September 29, 2015, which does not provide for just cause, for party change, the creation of new legend. The approach is theoretical argumentative and uses the technique of bibliographic and documentary research. Based on national and foreign doctrines and in the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Superior Electoral Court, it is verified alignment for the non admission of party transfer based on the hypothesis of new party membership, thus leading to the loss of the mandate of the unfaithful parliamentarian.

Keywords: Constitutional principles. Electoral proportional system. Electoral mini-reform. Unconstitutionality. Party loyalty.

1 Introdução

A Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, apelidada de minir-reforma eleitoral, promoveu diversas alterações em leis eleitorais brasileiras. Entre elas, passou a dispor, em norma, as hipóteses de perda de mandato por infidelidade partidária, ao incluir, na Lei dos Partidos Políticos, o art. 22-A.

O dispositivo estabelece a perda de mandato do detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. A norma ainda dispõe, em rol taxativo, as três hipóteses legais em que existirá a justa causa para a desfiliação partidária. São elas: a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; a grave discriminação política pessoal; e a mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente (Brasil, 2015).

Note-se que a criação de nova legenda não é abarcada pelo rol taxativo de hipóteses em que o parlamentar pode pleitear a transferência de partido. Situação que encontrava amparo na Resolução TSE nº 22.610/2007, diploma que regulava a fidelidade partidária até a sanção da Lei nº 13.615/2015. Cabe ressaltar que as novas regras são objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.398, proposta pelo partido Rede Sustentabilidade, em que foi deferida parcialmente medida cautelar postulada, a ser referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, para restabelecer o prazo integral de 30 dias para que detentores de mandatos eletivos se filiem aos novos partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), imediatamente antes da entrada em vigor da Lei nº 13.165/2015. Os autos ADI nº 5.398 estão conclusos ao ministro-relator Roberto Barroso desde 26 de novembro de 2015, portanto, a medida cautelar e tão pouco o mérito da ação chegaram à apreciação do plenário do STF.

No presente artigo, o objetivo é demonstrar a trajetória histórica, doutrinária, jurisprudencial e normativa acerca do entendimento a respeito da fidelidade partidária, bem como analisar a constitucionalidade do dispositivo supracitado. Além disso, propõe-se uma breve análise de como as mudanças legislativas e jurisprudenciais no Direito Eleitoral refletem em torno do tema. Nesse contexto, busca-se discutir se a migração para legenda nova se configura justa causa para a infidelidade partidária. Para tanto, abordam-se as temáticas relacionadas a esse assunto, como o pluralismo político e o sistema eleitoral proporcional. Por fim, a ideia é aproximar de

uma conclusão razoável sobre a constitucionalidade ou não de se permitir a infidelidade partidária quando um novo partido é criado e o político deseja se transferir para essa nova legenda.

Apesar de o mérito da ADI nº 5.398 não ter chegado ao plenário do STF, tem-se que ainda não ocorreu, no cenário político brasileiro atual, um caso em que um parlamentar tenha se transferido para uma legenda recém-criada. Isso porque, até o momento, os últimos partidos que conseguiram finalizar o processo de criação acabaram por ser abarcados pela medida cautelar deferida pelo ministro-relator Roberto Barroso. Como a sanção da Lei nº 13.165/2015 se deu em 29 de setembro de 2015, foram beneficiados, pela decisão liminar, além do autor da ação, a Rede Sustentabilidade, o Partido Novo, cujo registro data de 15 de setembro de 2015, e o PMB, Partido da Mulher Brasileira, com registro em 29 de setembro de 2015. Dessa forma, percebe-se uma incógnita em relação ao que irá ocorrer caso novos partidos consigam obter o registro final junto ao TSE.

2 Pluralismo político e representação

No Brasil, o Direito Eleitoral, conforme conceituação de Omar Chamon, “é ramo autônomo, que se dedica ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo que se estabeleça a precisa equação entre a vontade do povo e a atividade governamental.”(2006, p. 21). Nesse sentido, a doutrina, a jurisprudência e a legislação desse ramo nos fornecem subsídios sistemáticos para a análise da conformidade constitucional quando uma novidade legislativa se apresenta.

A opção pela adoção de um governo representativo está expressa no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República, em que está disposto que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Assim, também há destaque para o pluralismo político, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o mesmo artigo supracitado. Segundo a doutrina, o pluralismo político relaciona-se à diversidade de ideias, de grupos, de setores, organizados ou não, que sejam formadores de opinião da sociedade brasileira (JORGE; LIBERATO; RODRIGUES; 2016, p. 52).

Alexandre de Moraes é outro a destacar que o pluralismo político “demonstra preocupação do legislador constituinte em afirmar a ampla e

livre participação popular nos destinos do país, garantindo-se a liberdade de convicção filosófica e política e, também, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos” (MORAES, 2005, p. 131). Por sua vez, a relação entre o princípio do pluralismo político e o pluripartidarismo é demonstrada por Fávila Ribeiro: “o pluralismo político encontra no sistema pluripartidarista um de seus eficientes instrumentos nos múltiplos papéis que empreende (...) sortimentos de ideias, sentimentos, impressões e interesses (...)” (RIBEIRO, 1998, p. 211).

Sobre o governo representativo, têm-se as considerações de John Stuart Mill (1981, p. 38), cujo conceito clássico aponta na direção de que a representação é caminho fundamental para a democracia, vez que estamos diante da impossibilidade da participação direta do cidadão nos rumos políticos de um país. Percebe-se que, ao longo dos anos, um sistema alternativo a esse ainda não se apresentou viável nas democracias modernas.

(...) toma-se evidente que o único governo capaz de satisfazer a todas as exigências do estado social é aquele do qual participou o povo inteiro; que toda a participação, por menor que seja, é útil; que a participação deverá ser, em toda parte, na proporção em que permitir o grau geral de desenvolvimento da comunidade; e que não se pode desejar nada menor do que a admissão de todos a uma parte do poder soberano do Estado. Mas como, nas comunidades que excedem as proporções de um pequeno vilarejo, é impossível a participação pessoal de todos, a não ser numa porção muito pequena dos negócios públicos, o tipo ideal de um governo perfeito só pode ser o representativo. (MILL, 1981, p. 38)

A candidatura de qualquer cidadão a cargo eletivo depende de prévia filiação partidária, de acordo com exigência constitucional¹ e também por força do o Código Eleitoral². Portanto, os partidos políticos obtiveram, no contexto brasileiro, protagonismo na democracia representativa, não sendo admitida, portanto, a candidatura individual a cargo eletivo sem a filiação a partido político devidamente constituído. A vedação à candidatura

¹ 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:

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

V - a filiação partidária; (BRASIL, 1988)

² Art. 16. Só pode filiar-se a partido o eleitor que estiver no pleno gozo de seus direitos políticos. (BRASIL, 1995)

avulsa ganhou status constitucional pela primeira vez no país na Constituição da República de 1946, sendo que a consequência dessa vedação é a indispensabilidade dos partidos políticos nas disputas eleitorais.

Somente candidatos filiados há pelo menos seis meses³, a partidos políticos devidamente inscritos no TSE podem ter suas candidaturas registradas para a eleição a ser realizada. Por sua vez, o art. 17, § 1º dispõe que os partidos políticos podem estabelecer normas de fidelidade e disciplina. A norma constitucional ainda consagra a liberdade de criação e a autonomia dos partidos políticos para definir sua estrutura interna, sua organização e seu funcionamento (Brasil, 1988).

No contexto do sistema representativo brasileiro, nas eleições para os cargos do legislativo, exceto para o de senador, vigora o método proporcional de apuração dos eleitos, muito incentivado pela necessidade de se assegurar a representação de variadas correntes ideológicas, além de ser ferramenta de valorização do pluralismo político (art. 1º, V, CR). O conceito de pluralismo, na visão de Bobbio (1999), permitiria um sistema político aberto à participação de vários grupos ou camadas sociais na formação da vontade coletiva.

(...) o pluralismo evoca, positivamente, um estado de coisas no qual não existe um poder monolítico e no qual, havendo muitos centros de poder bem distribuídos territorial e funcionalmente, o indivíduo tem a máxima possibilidade de participar na formação das deliberações que lhe dizem respeito. (BOBBIO, 1999, p. 22).

Assis Brasil (1931, p. 113) afirma que a representação é nacional e não de um partido e, dessa forma, deve refletir a soma das opiniões de todo o povo. Já na visão de Pinto Ferreira (1983, p. 226), a representação expressaria situação política e jurídica em que determinados indivíduos exercem funções estatais em nome do povo.

Na democracia representativa, segundo José Afonso da Silva (2009, p. 41), a participação popular ocorreria de maneira indireta, periódica e formal, dentro de um procedimento técnico de designação de pessoas para o exercício de funções governamentais, além de demonstrar, por meio

³ Art. 9º Para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de seis meses e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo. (BRASIL, 2017)

do voto, a preferência entre alternativas ideológicas. Jairo Nicolau, por seu turno, esclarece que sistema eleitoral é “(...) o conjunto de regras que define como em uma determinada eleição o eleitor pode fazer suas escolhas e como os votos são contabilizados para serem transformados em mandatos (cadeiras no Legislativo ou chefia do Executivo) (NICOLAU, 2004, p. 10). No bojo do sistema representativo, temos a opção entre os sistemas eleitorais, o proporcional ou o majoritário. No majoritário, como o nome diz, ganha o pleito quem tem mais votos.

3 O sistema proporcional brasileiro

A Constituição da República definiu que as eleições dos deputados federais, dos deputados estaduais e dos vereadores adotarão o critério proporcional (arts. 27, § 1º, e 45)⁴. Esse sistema visa assegurar que “a diversidade de opiniões esteja refletida no legislativo e garantir uma correspondência entre os votos recebidos pelos partidos e sua representação” (NICOLAU, 2004, p. 37). Cabe destacar que o sistema proporcional não tem o condão de assegurar a representação das minorias, mas sim de dar espaço àquelas opiniões que, existindo em força numérica, têm o direito de influir no governo do país. Dessa forma, é notável que a opção brasileira passa por garantir espaço de expressão política das mais diversas ideologias, cujos entendimentos e objetivos são agrupados em programas partidários. Conforme Canotilho (1998, p. 308), os partidos políticos são “organizações aglutinadoras dos interesses e mundividência de certas classes e grupos sociais impulsionadores da formação da vontade popular”.

No mesmo entendimento, Almeida (2017, p. 179) apresenta o conceito de partido político, no qual um grupo de indivíduos se associa, de forma estável, em torno de um objetivo determinado, que é assumir e permanecer no poder ou, pelo menos, influenciar suas decisões, de modo a colocar em prática determinada ideologia político-administrativa. Os partidos políticos, portanto, segundo Almeida (2017, p. 183), denotam autenticidade

⁴ Art. 27. O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas. (BRASIL, 1988)

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. (BRASIL, 1988)

ao sistema representativo, na postulação da defesa dos direitos fundamentais presentes na Constituição da República. Do mesmo modo, Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 164) elevam o partido político a elo fundamental entre o povo e o Estado. De acordo com os autores, as legendas servem de canal de aglutinação, debate, reflexão e discussão da sociedade civil em torno de ideais políticos.

O funcionamento do sistema representativo proporcional está regulado pelo art. 106 e seguintes do Código Eleitoral, em que se estabelece que o quociente eleitoral é a divisão do número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior. Feito o cálculo, determina-se, para cada partido ou coligação, o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração. Dessa forma, estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido.

Segundo Nicolau (2004, p. 38), o sistema de lista procura distribuir as cadeiras do Parlamento utilizando os partidos como unidade fundamental. Por isso, são calculadas a quota de votos que cada candidato deve atingir para ser representado e a quota que cada partido deve obter. Esse modelo de sistema proporcional chamado de listas, no caso brasileiro, de lista aberta, tenderia a levar o protagonismo aos partidos e não aos candidatos. Logo, a ideia é termos a disputa entre grupos políticos.

A legislação brasileira adotou o sistema proporcional de listas abertas e votação nominal. Os eleitores podem optar por votar nominalmente em seu candidato, ou somente na legenda. Já o sistema proporcional de listas fechadas é aquele em que a relação é apresentada pelos partidos, fazendo-se a distribuição de vagas conforme a votação obtida pelo partido e pela posição atribuída ao candidato na lista partidária. Na mesma linha de raciocínio, Edson de Resende Castro (2014, p. 24) explica que “o sistema proporcional busca o desempenho partidário – e não o desempenho pessoal –, pois todos os votos são dados primeiramente no partido, e, às vezes, apenas no partido”.

Contudo, cabe salientar que o sistema de listas abertas sofre críticas doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que ele desvia a atenção do programa do partido, centralizando, muitas vezes, para a personalização da eleição, criando certa dependência do desempenho dos candidatos. Não é escopo deste trabalho, mas as críticas são no sentido de que o sistema de lista aberta acabou por personalizar o voto na figura do candidato, em detrimento da escolha, pelo eleitor, de uma ideologia representada por aquela legenda. “Essa personalização do voto acaba por acentuar a dependência do partido e a determinar a sua fragilidade programática” (MENDES, 2016, p. 27). Dessa forma, ainda para Mendes, “a lista aberta de candidatos existente no Brasil faz com que o mandato parlamentar, que resulta desse sistema, afigure-se também mais como fruto do desempenho e do esforço do candidato do que da atividade partidária.” (MENDES, 2016, p. 17)

Paulo Bonavides já demonstrava que o sistema eleitoral tem consequências diversas para os rumos da democracia representativa de um país. Segundo o autor, “o sistema eleitoral adotado num país pode exercer – e em verdade exerce – considerável influxo sobre a forma de governo, a organização partidária e a estrutura parlamentar, refletindo até certo ponto a índole das instituições e a orientação política do regime” (BONAVIDES, 2012, p. 265). Nesse contexto, uma das questões que se apresenta é a aplicação da fidelidade partidária, quando um novo partido é criado e parlamentar em exercício de mandato deseja, desde já, realizar a transferência a essa nova legenda.

4 Fidelidade partidária: trajetória constitucional, legal e jurisprudencial

A fidelidade partidária encontra aparato constitucional na parte final do §1º do art. 17 da CR, em que se estabelece que os estatutos dos partidos políticos devem prever as normas de disciplina e fidelidade partidária⁵. Diante disso, a Lei nº 9096/1995 (Lei dos Partidos Políticos)

⁵ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

(...)

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e

apresentou, nos arts. 23 a 26, as normas infraconstitucionais aplicáveis à fidelidade partidária. Nesse esteio, restou determinado que a responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido (BRASIL, 1995). Além disso, num reforço ao respeito do sistema proporcional, a lei dita que, na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma dos estatutos.

Apesar de prever punições aos considerados infiéis, a Lei dos Partidos não chegou a determinar possibilidade da medida mais gravosa, nesse caso, a de perda do mandato eletivo. Entretanto, permite-se, ao estatuto do partido, dispor sobre a aplicação de medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com o desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários. Em relação à saída voluntária do parlamentar do partido sob cuja legenda tenha sido eleito, existia apenas a previsão da perda automaticamente da função ou cargo que exercesse na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária (BRASIL, 1995).

Com a ausência de previsão normativa de perda de mandato eletivo em caso de mudança de partido, o Partido da Frente Liberal (atual Democratas) abriu consulta ao Tribunal Superior Eleitoral, cujo entendimento, consubstanciado na Consulta nº 1.398/2007, considerou que a mudança de agremiação de parlamentar eleito pelo sistema proporcional dá ao partido o direito de reter sua vaga. O Supremo Tribunal Federal fixou a mesma tese na análise dos Mandados de Segurança nºs 26.602, 26.603 e 26.604, em 2007. Nessas ocasiões, tanto o TSE quanto o STF já reconheceram a existência de hipóteses excepcionais em que a mudança de partido político não

o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (BRASIL, 1988)

acarretaria a perda do cargo pelo parlamentar, como a mudança significativa de orientação programática do partido e de prática odiosa de perseguição ao afiliado.

Cabe ressaltar que o arcabouço normativo brasileiro reúne diversos dispositivos em que fica demonstrada a afirmação de que o mandato eletivo proporcional pertence ao Partido Político. Um exemplo é o art. 175, § 4º, do Código Eleitoral⁶. Esse dispositivo dá forte indicação de que os votos pertencem ao partido, uma vez que prevê a validade, para este, dos votos destinados a candidato considerado inelegível ou que tenha o registro cancelado. Outro indicativo dessa situação é o fato de a eleição dos candidatos a cargos proporcionais ser o resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos envolvidos, conforme o art. 108, *caput*, do Código Eleitoral⁷. Todas essas situações foram possíveis já que o eleitor pode dirigir seu voto à agremiação partidária e não somente ao candidato, na figura do voto de legenda, conforme o art. 5º, da Lei das Eleições (BRASIL, 1997).

A doutrina, da mesma forma, atua na defesa de que a fidelidade partidária é um instituto a ser protegido. Em nome do fortalecimento da figura da representação popular por via indireta, “é preciso que os mandatários se mantenham fiéis às diretrizes programáticas e ideológicas dos partidos pelos quais foram eleitos” (LEWANDOWSKI, 2010, p. 11). De acordo com Telles Júnior, “sem fidelidade dos parlamentares aos ideários de interesse coletivo (...) definidos nos respectivos programas registrados, os partidos se reduzem a estratégias indignas, a serviço de egoísmos disfarçados; e os políticos se desmoralizam.” (TELLES JÚNIOR, 2005, p. 117)

⁶ Art. 175. Serão nulas as cédulas:

(...)

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro. (BRASIL, 1965)

⁷ Art. 108. Estarão eleitos, entre os candidatos registrados por um partido ou coligação que tenham obtido votos em número igual ou superior a 10% (dez por cento) do quociente eleitoral, tantos quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido. (BRASIL, 1965)

Por determinação do STF, a regulamentação do procedimento em caso de mudança de partido coube ao TSE, que o fez com a edição da Resolução nº 22.610/2007, de 25 de outubro de 2007. A normativa disciplinou o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, e estabeleceu como hipóteses de justa causa: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; IV) grave discriminação pessoal. Vale ressaltar que a resolução não fixou o prazo em que o partido ainda é considerado novo, no entanto, em sede de jurisprudência, a Justiça Eleitoral propugnou que o parlamentar teria trinta dias para realizar a transferência a partir do momento em que a nova legenda realizasse o registro do seu estatuto pelo TSE. Posteriormente, em junho de 2011, o TSE definiu, na Consulta nº 755-35, que o prazo razoável para a filiação no novo partido, com amparo na justa causa prevista na Resolução nº 22.610/2007, seria de 30 dias, contados do registro do estatuto partidário pelo TSE.

Desse modo, para aqueles que contribuíram para criação do partido, é razoável aplicar analogicamente o prazo de 30 dias, previsto no art. 9º, § 4º, da Lei n.º 9.096/95, a contar da data do registro do estatuto pelo TSE. Assim, o prazo razoável para filiação no novo partido é de 30 dias, contados do registro do estatuto partidário pelo TSE. (TSE, CTA 75535/DF, Rel. Min. Fátima Nancy Andriighi, DJE 01.08.11)

Em novembro de 2008, a constitucionalidade formal da Resolução foi confirmada pelo STF no julgamento das ADIs nº 3.999 e nº 4.086, com o afastamento da tese da ocorrência de usurpação de competência legislativa. Ainda como consequência do reconhecimento da criação de novo partido como causa legitimadora da desfiliação partidária, o STF, ao apreciar as ADIs nº 4.430 e nº 4.795, assentou a inconstitucionalidade de impedir que partidos novos aproveitassem a representatividade dos deputados federais que tenham para eles migrado, para fins de acesso proporcional ao direito de antena e aos recursos do fundo partidário.

Consolidou-se, assim, um regime em que as novas legendas tinham a possibilidade de receber em seus quadros, nos 30 dias subsequentes ao registro de seu estatuto no TSE, filiados detentores de mandatos eletivos, de modo a permitir o seu desenvolvimento com a obtenção de funcionamento parlamentar, maior tempo de propaganda eleitoral na TV e no rádio, e maior fração de recursos públicos do fundo partidário.

A Resolução do TSE nº 22.610/2007 perderia validade com a aprovação e a sanção da Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, apelidada de minirreforma eleitoral. O art. 22-A⁸, incluído na Lei nº 9.096/1995, apresentou rol taxativo para as hipóteses de justa causa de desfiliação partidária. Contudo, esse novo rol não incluiu a criação de novo partido. No entanto, permitiu a “mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente” (BRASIL, 2015). Dessa forma, manteve-se a possibilidade de migração a novos partidos ou a qualquer outra legenda, sem perda do cargo pelo parlamentar migrante. Assim, um partido recém-criado só poderá receber parlamentares quando se abrir a janela, sete meses antes das eleições proporcionais.

Diante disso, em 2015, o partido político Rede Sustentabilidade propôs ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 5.398), com pedido de medida cautelar, tendo por escopo o artigo 22-A da Lei nº 9.096/1995, introduzido pela Lei nº 13.165/2015. O objeto da ação é a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, de referida norma na parte em que não considera justa causa para desfiliação partidária à criação de novo partido político. A Rede Sustentabilidade argumenta que, até a edição da Lei nº 13.165, em 29 de setembro de 2015, havia um regime jurídico consolidado, nos termos da Resolução TSE nº 22.610/2007, o qual previa que a criação de novos partidos constituía justa causa para a desfiliação partidária.

A ADI nº 5.398 teve medida cautelar deferida parcialmente, a ser referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, para restabelecer o prazo integral de 30 dias a fim de que detentores de mandatos eletivos se filiassem aos novos partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), imediatamente antes da entrada em vigor da Lei nº 13.165/2015. Os

⁸ Art. 22-A. Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfilia, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

Parágrafo único. Consideram-se justa causa para a desfiliação partidária somente as seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

I - mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

II - grave discriminação política pessoal; e (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015)

III - mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente. (Incluído pela Lei nº 13.165, de 2015) (BRASIL, 2015)

autos ADI estão conclusos ao ministro relator Roberto Barroso desde 26 de novembro de 2015, portanto, a medida cautelar e tão pouco o mérito da ação chegaram à apreciação do plenário do STF.

5 Da constitucionalidade da migração para legenda recém-criada

Apesar de o mérito da ADI nº 5.398 não ter chegado ao plenário do STF, tem-se que ainda não ocorreu, no cenário político brasileiro atual, um caso em que um parlamentar tenha se transferido a uma legenda recém-criada. Isso porque, até o momento, os últimos partidos que conseguiram finalizar o processo de criação acabaram por ser abarcados pela medida cautelar deferida pelo ministro-relator Roberto Barroso. Como a sanção da Lei nº 13.165/2015 se deu em 29 de setembro de 2015, foram beneficiados pela decisão liminar, além do autor da ação, o Partido Novo, cujo registro data de 15 de setembro de 2015, e o PMB, Partido da Mulher Brasileira, com registro em 29 de setembro de 2015. Dessa forma, percebe-se uma incógnita em relação ao que irá ocorrer caso novos partidos consigam obter o registro final junto ao TSE.

O Brasil conta hoje com 35 partidos políticos registrados no TSE. Para apresentar o pedido de registro, as agremiações em formação têm de cumprir os requisitos da Resolução TSE nº 23.465/2015 e da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), com as alterações promovidas pela Lei nº 13.165/2015. A nova lei modificou o parágrafo 1º, artigo 7º, da Lei dos Partidos Políticos, ao definir um prazo de dois anos para se comprovar o apoio de eleitores não filiados para a criação de novas agremiações. A regra dificulta a criação de partidos, contudo já foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 5311.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI NACIONAL N. 13.107, DE 24 DE MARÇO DE 2015. ALTERAÇÃO DA LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DA LEI ELEITORAL (LEI 9.096/1995 E 9.504/1997). NOVAS CONDIÇÕES LEGAIS PARA CRIAÇÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS. APOIO DE ELEITORES NÃO FILIADOS E PRAZO MÍNIMO DE CINCO ANOS DE EXISTÊNCIA DOS PARTIDOS. FORTALECIMENTO DO MODELO REPRESENTATIVO E DENSIFICAÇÃO DO PLU-

RIPARTIDARISMO. FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. 1. A Constituição da República assegura a livre criação, fusão e incorporação de partidos políticos. Liberdade não é absoluta, condicionando-se aos princípios do sistema democrático-representativo e do pluripartidarismo. 2. São constitucionais as normas que fortalecem o controle quantitativo e qualitativo dos partidos, sem afronta ao princípio da igualdade ou qualquer ingerência em seu funcionamento interno. 3. O requisito constitucional do caráter nacional dos partidos políticos objetiva impedir a proliferação de agremiações sem expressão política, que podem atuar como “legendas de aluguel”, fraudando a representação, base do regime democrático. 4. Medida cautelar indeferida. (ADI 5311 MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016)

Cabe ressaltar que, no julgado, evidente inclinação à crítica de que a proliferação de partidos na democracia representativa brasileira leva ao enfraquecimento do modelo, conforme já apontava Paulo Bonavides em 1996: “Tamanha afirmação e alargamento de pluralismo estaria, pois, comprometendo e sacrificando a eficácia governante do princípio representativo e ao mesmo passo contestando-lhe as virtudes operativas apregoadas.” (BONAVIDES, 1996, p. 37). Nesse sentido, a relatora da ADI nº 5311, a ministra Cármen Lúcia, fez uma alerta: “a proliferação indiscriminada de partidos sem coerência ou respaldo social importa em risco institucional, podendo conduzir ao desalento democrático, perigoso precursor de regimes antidemocráticos.”

Até o momento, há 69 legendas em processo de formação⁹. O primeiro passo para que uma legenda obtenha seu registro é dirigir o requerimento ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas da Capital Federal. O pedido deve ser subscrito pelos seus fundadores, em número nunca inferior a 101, com domicílio eleitoral em, no mínimo, 1/3 dos estados.

Depois de cumpridas tais exigências, além dos requisitos estabelecidos na Lei de Registros Públicos, o oficial do Registro Civil efetuará o re-

⁹ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

gistro no livro correspondente, expedindo certidão de inteiro teor. A partir daí, segundo o parágrafo 3º do artigo 10 da Resolução nº 23.465, a legenda em formação terá 100 dias para informar o TSE sobre a sua criação.

Depois de adquirida a personalidade jurídica, a agremiação partidária em formação promoverá a obtenção do apoio mínimo de eleitores não filiados a outros partidos políticos, o que deverá ser comprovado no prazo de dois anos.

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 7º da Resolução nº 23.465, o apoio mínimo deve corresponder a, pelo menos, 0,5% (meio por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (aproximadamente 500 mil), não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos estados, com um mínimo de 0,1% do eleitorado que haja votado em cada um deles.

O apoio mínimo deve ser obtido mediante assinaturas de eleitores – não filiados a partidos políticos – em listas ou formulários de acordo com os modelos disponibilizados pela Justiça Eleitoral. O requerimento de registro de partido político somente deverá ser dirigido ao TSE depois de registrados os órgãos de direção regional em, pelo menos, 1/3 dos estados. Desde o dia 20 de dezembro de 2016, todos os pedidos de registro de partido político (RPP) devem ser feitos via Processo Judicial Eletrônico (PJe).

O pedido, apresentado pelo presidente da legenda em formação, deve estar acompanhado de: cópia da ata da reunião de fundação do partido autenticada por tabelião de notas, exemplar autenticado do inteiro teor do programa e do estatuto inscritos no cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas da Capital Federal, e relação de todos os fundadores, com nome completo, naturalidade, número do título com a zona, a seção, o município e a unidade da Federação, bem como profissão e endereço da residência.

O requerimento também deve conter: certidão do Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, certidões expedidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) que comprovem ter a legenda em formação obtido o registro do órgão de direção nos respectivos estados, e cópia da ata da reunião que comprove a constituição definitiva do órgão de direção nacional, com a designação de seus dirigentes autenticada por tabelião de notas.

Além disso, as certidões comprobatórias do apoio mínimo e do deferimento do registro do órgão de direção, nos respectivos estados, deverão ser impressas e juntadas aos autos pelo TSE, sendo dispensada a sua apresentação pelo partido em formação. Depois de autuado e distribuído, a Secretaria do Tribunal deve publicar, imediatamente, no *Diário da Justiça Eletrônico*, edital para ciência dos interessados, segundo previsão do artigo 9º, parágrafo 3º, da Lei nº 9.096/1995.

Percebe-se que as regras para criação de novas legendas impuseram uma série de etapas a serem cumpridas para, finalmente, concretizar-se a criação de um partido político. Vencido esse processo, indaga-se como a jurisprudência irá se comportar em relação à fidelidade partidária nos casos de transferência a partido recém-criado. Para isso, a presente pesquisa irá aprofundar-se também na análise de decisões, de modo a apontar o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal em relação à fidelidade partidária, bem como à interpretação constitucional sobre o sistema representativo brasileiro.

Como já citada, a ação direta de inconstitucionalidade 5.398 DF, proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade, visa afastar a aplicabilidade do artigo 22-A da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), introduzido pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015 (minirreforma eleitoral de 2015). Admitida parcialmente a medida cautelar, o ministro-relator Roberto Barroso ateve-se, principalmente, à análise do direito adquirido daqueles partidos novos com registro finalizado no TSE no momento da sanção da lei. Nesse sentido, permitiu a essas legendas receber parlamentares em exercício de mandato durante o período de 30 (trinta) dias contados do registro do estatuto partidário pelo TSE, sem restar configurada a perda de mandato por infidelidade partidária. Na redação legislativa atual, o Poder Legislativo criou uma “janela” para desfiliação partidária aplicável a todos os detentores de cargo eletivo – sem distinguir se migrarão para partido novo ou preexistente –, que será aberta a cada pleito durante o período de 30 dias que antecede o prazo de filiação. O ministro-relator destacou a importância da controvérsia, no entanto, não vislumbrou nela os requisitos para a concessão de medida cautelar em relação à garantia do parlamentar proceder à mudança a partido novo a qualquer tempo.

(...) evidencia-se que a primeira controvérsia – a constitucionalidade da exclusão da criação de novo partido político como justa causa para desfiliação – possui grande complexidade e relevância constitu-

cional. Para sua resolução, é preciso analisar se a norma impugnada nesta ADI representa um efetivo embaraço à livre criação de partidos políticos e se é ou não fruto de legítimo exercício de diálogo institucional com o STF na matéria. Contudo, entendo que não há perigo de demora que justifique a sua apreciação em juízo de cognição sumária típico das cautelares. (BARROSO, Roberto. 2015)

Ocorre que, como o mérito do ADI nº 5.398 DF não chegou à análise final pelo plenário do STF, percebe-se que, quando uma nova agremiação partidária lograr sucesso em se registrar no TSE, paira incerteza se haverá permissão para o recebimento de parlamentares em exercício de mandato, medida que tem impactos no recebimento de parcela do fundo partidário e tempo de propaganda eleitoral, conforme decisão do próprio STF na ADI nº 4.430.

Importante ressaltar que a ADI nº 4.430 propugnou pela liberdade de criação partidária e, portanto, pela permissão de mudança do parlamentar para partido recém-criado, pois, segundo, o ministro-relator Dias Toffoli, tal “interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro.”

EMENTA: Ações diretas de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto da ADI nº 4.430 e da ADI nº 4.795. Artigo 45, § 6º, e art. 47, incisos I e II, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições). (...) Criação de novos partidos políticos e as alterações de representatividade na Câmara dos Deputados. Acesso das novas legendas ao rádio e à TV proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados (inciso II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97), considerada a representação dos deputados federais que tenham migrado diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação. Momento de aferição do número de representantes na Câmara Federal. Não aplicação do § 3º do art. 47 da Lei 9.504/97, segundo o qual, a representação de cada partido na Câmara Federal é a resultante da última eleição para deputados federais. Critério inaplicável aos novos partidos. Liberdade de criação, fusão e incorporação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88). Equiparação constitucional. Interpretação conforme. (...)

6. Extrai-se do princípio da liberdade de criação e transformação de partidos políticos contido no caput do art. 17 da Constituição da República o fundamento constitucional para reputar como legítimo o entendimento de que, na hipótese de criação de um novo partido, a novel legenda, para fins de acesso proporcional ao rádio e à televisão, leva consigo a representatividade dos deputados federais que, quando de sua criação, para ela migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos. Não há razão para se conferir às hipóteses de criação de nova legenda, tratamento diverso daquele conferido aos casos de fusão e incorporação de partidos (art. 47, § 4º, Lei das Eleições), já que todas essas hipóteses detêm o mesmo patamar constitucional (art. 17, caput, CF/88), cabendo à lei, e também ao seu intérprete, preservar o sistema. Se se entende que a criação de partido político autoriza a migração dos parlamentares para a novel legenda, sem que se possa falar em infidelidade partidária ou em perda do mandato parlamentar, essa mudança resulta, de igual forma, na alteração da representação política da legenda originária. Note-se que a Lei das Eleições, ao adotar o marco da última eleição para deputados federais para fins de verificação da representação do partido (art. 47, § 3º, da Lei 9.504/97), não considerou a hipótese de criação de nova legenda. Nesse caso, o que deve prevalecer não é o desempenho do partido nas eleições (critério inaplicável aos novos partidos), mas, sim, a representatividade política conferida aos parlamentares que deixaram seus partidos de origem para se filiarem ao novo partido político, recém criado. Essa interpretação prestigia, por um lado, a liberdade constitucional de criação de partidos políticos (art. 17, caput, CF/88) e, por outro, a representatividade do partido que já nasce com representantes parlamentares, tudo em consonância com o sistema de representação proporcional brasileiro.(...) (ADI 4430, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-184 DIVULG 18-09-2013 PUBLIC 19-09-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00257)

Ainda sobre esse julgamento, o ministro-relator Dias Toffoli afirmou que é defeso “à legislação instituir mecanismos que, na prática, excluam das legendas menores a possibilidade de crescimento e de consolidação no contexto eleitoral” (ADI nº 4430 DF).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal deu indícios de que pode haver mudança no entendimento tradicional da corte, uma vez que alguns ministros já apontam que o posicionamento anterior demonstrou

efeitos colaterais negativos na permissão à transferência de parlamentar à nova legenda. As principais críticas apresentam-se no julgamento do pleno da medida cautelar na ADI nº 5.311 MC/DF, cuja relatoria é da ministra Cármen Lúcia. A ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Partido Republicano da Ordem Social (PROS), pretende a suspensão de dois dispositivos da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos). O primeiro deles é o que impede a contabilização, para fins de criação de partidos políticos, de assinatura de eleitores filiados a outras legendas; e outro é o que veda a fusão ou a incorporação de partidos com menos de cinco anos. A decisão foi tomada por maioria de votos na sessão de 30 de setembro de 2015. Conforme entendimento da ministra-relatora, é importante o pronunciamento do STF nesse caso, pois, segundo ela, versaria sobre os mecanismos e instrumentos de legitimação do exercício do poder político no Brasil. Entretanto, o mérito não chegou ao pleno.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI NACIONAL N. 13.107, DE 24 DE MARÇO DE 2015. ALTERAÇÃO DA LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DA LEI ELEITORAL (LEI 9.096/1995 E 9.504/1997). NOVAS CONDIÇÕES LEGAIS PARA CRIAÇÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS. APOIO DE ELEITORES NÃO FILIADOS E PRAZO MÍNIMO DE CINCO ANOS DE EXISTÊNCIA DOS PARTIDOS. FORTALECIMENTO DO MODELO REPRESENTATIVO E DENSIFICAÇÃO DO PLURIPARTIDARISMO. FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. 1. A Constituição da República assegura a livre criação, fusão e incorporação de partidos políticos. Liberdade não é absoluta, condicionando-se aos princípios do sistema democrático-representativo e do pluripartidarismo. 2. São constitucionais as normas que fortalecem o controle quantitativo e qualitativo dos partidos, sem afronta ao princípio da igualdade ou qualquer ingerência em seu funcionamento interno. 3. O requisito constitucional do caráter nacional dos partidos políticos objetiva impedir a proliferação de agremiações sem expressão política, que podem atuar como “legendas de aluguel”, fraudando a representação, base do regime democrático. 4. Medida cautelar indeferida. (ADI 5311 MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016)

Para o partido, seriam inconstitucionais regras inseridas na Lei dos Partidos Políticos pela Lei nº 13.107/2015. O primeiro trecho impugnado diz: “considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores não filiados a partido político”¹⁰ e o segundo prevê tempo mínimo de cinco anos de existência do partido, com registro definitivo do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), para a admissão de fusão ou as incorporações de legendas¹¹.

Segundo o PROS, as modificações afrontariam diversos preceitos constitucionais ao restringir valores como pluralidade, liberdade, autonomia política e a participação do cidadão no processo político-partidário do País. Para o partido, ao limitar os eleitores que podem apoiar a criação de partidos, a norma cria diferenças entre cidadãos filiados e não filiados. Quanto ao prazo para fusão e incorporação, o partido sustenta que o artigo 17 da Constituição da República assegura a liberdade para fusão e criação de partidos. Por isso, o partido argumenta no sentido de que o tempo de cinco anos previstos na lei suprimiria essa garantia.

O entendimento da ministra-relatora, Cármen Lúcia, fundamentou-se, principalmente, na imperatividade do caráter nacional das agremiações, a partir do controle quantitativo tido como cláusula de barreira *lato sensu*, além do cunho democrático de seus programas, por meio do controle qualitativo ou ideológico. De acordo com ela, “ao estabelecer novas condições para a criação, fusão e incorporação de partidos políticos, as normas eleitorais definiram discrímens a serem analisadas sob o parâmetro da legitimidade representativa, fundamento do modelo partidário”. Ainda na ADI nº 5311, o Ministro Edson Fachin alinhou-se ao entendimento da relatora

¹⁰ Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove, no período de dois anos, o apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% (cinco décimos por cento) dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de 0,1% (um décimo por cento) do eleitorado que haja votado em cada um deles. (BRASIL, 2015).

¹¹ Art. 29. Por decisão de seus órgãos nacionais de deliberação, dois ou mais partidos poderão fundir-se num só ou incorporar-se um ao outro.

(...)

§ 9º Somente será admitida a fusão ou incorporação de partidos políticos que hajam obtido o registro definitivo do Tribunal Superior Eleitoral há, pelo menos, 5 (cinco) anos. (BRASIL, 2015).

e destacou que a ausência de regras que inibam a criação de partidos não ajudou a fortalecer a democracia brasileira.

Apesar de pendente a análise de mérito da criação de novo partido como justa causa para a infidelidade partidária na ADI nº 5380, Roberto Barroso, em seu voto na ADI nº 5311, fez crítica aberta a essa permissão.

É que, quando o Supremo decidiu que a desfiliação partidária acarretava a perda de mandato, abriu-se uma exceção prevista na Resolução nº 22.610/2007 do TSE: quem mudar de partido para integrar um partido novo que esteja sendo criado, não perde o mandato. Isso funcionou como um incentivo a mais à criação de partidos políticos, de tal forma que, desde a decisão do Supremo, seguida da resolução do TSE, ambas de 2007, já foram criados 8 (oito) novos partidos políticos: o Partido Social Democrático – PSD, o Partido Pátria Livre – PPL, o Partido Ecológico Nacional – PNE, o Partido Solidariedade – SD, o Partido Republicano da Ordem Social – PROS, o Partido Novo – NOVO, a Rede da Sustentabilidade – REDE e, ainda ontem, o Partido da Mulher Brasileira – PMB” (ADI 5311).

Cabe destacar que Roberto Barroso expressa esse entendimento há pelo menos dez anos, quando o demonstrou na obra “A Reforma Política: Uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil.” Nela, afirma que “o sistema partidário permite a criação e a participação, no processo eleitoral, de partidos ditos de ‘aluguel’, sem qualquer compromisso doutrinário ou ideológico.” (BARROSO, 2006, p. 335)

Ainda acompanharam os argumentos da relatora, na ADI nº 5311, os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Fux destacou a importância da fidelidade partidária para combater essa fragilidade das legendas no país. Dias Toffoli, no entanto, manteve o entendimento expresso na ADI nº 4430, afirmando pelo pluripartidarismo, além de defender “o estímulo constitucional à formação e ao desenvolvimento das agremiações partidárias como sujeitos do processo eleitoral”. Nesse sentido, evidencia-se, entre a maioria dos membros do STF, uma indisposição à aceitação de regras que permitam a pulverização de ideologias partidárias, consubstanciada na criação indiscriminada de legendas sem forte programa ideológico que justifique assim suas criações.

6 Considerações finais

É notável que a proliferação de partidos políticos no Brasil incomoda legisladores, doutrinadores e os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal. A Constituição da República de 1988, inspirada pela superação dos anos de um governo não democrático, consagrou o pluralismo político como fundamento. Nas últimas três décadas, portanto, o país assistiu à criação e à extinção, além de mudanças de nome, de diversas agremiações partidárias. Todo esse processo encaminhou para o cenário político o número considerável de 35 partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, com 69 processos de criação em tramitação em dezembro de 2017.

Tal fenômeno leva, diariamente, ao questionamento da situação de o sistema eleitoral representativo brasileiro chegar a um ponto de não retorno. Tendo em vista que a representação partidária surge com o objetivo de fortalecer as ideologias inerentes aos programas partidários, não se justifica a personalização da figura dos candidatos, incentivada muitas vezes pelo sistema de listas abertas, em que o mais votado ganha demasiada importância para a definição dos rumos do partido.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o mandato pertence ao partido, noção já devidamente solidificada nos aspectos de legislação, doutrina e jurisprudência. No entanto, os reflexos da criação de uma nova legenda ainda representam desafios no contexto brasileiro. Quando se reconhece a importância da representatividade de todas as ideologias em uma democracia moderna, tende-se ao incentivo à liberdade de criação partidária. Entretanto, muito se pergunta se é possível termos tanta diversidade de pensamento que justifique um novo partido para acolher esse conteúdo programático. Não seriam os 35 existentes capazes de representar esse suposto novo conjunto de ideias?

O julgamento final da ADI nº 5380 pelo Plenário do STF deve, finalmente, dirimir uma questão tão fundamental à democracia brasileira. Cabe fortalecer a criação de novos partidos, de modo que eles recebam, desde já, parlamentares em exercício de mandato eletivo? Ou deve prevalecer a janela de transferência aberta, durante trinta dias, sete meses antes das eleições proporcionais? Pela análise presente neste artigo, denota-se que a Suprema Corte brasileira tenderá a observar que as regras de justa causa para a infidelidade partidária, introduzidas pela Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, representam uma evolução natural e constitucional do sistema eleitoral brasileiro.

Referências

- ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de direito eleitoral**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 896 p.
- AMADO, Gilberto. **Eleição e representação**. Brasília: Senado Federal, 1999.
- ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. **Democracia representativa: do voto e do modo de votar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.
- BARROSO, Luís Roberto. A Reforma Política: Uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. In: **Revista de Direito do Estado**, nº 3. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. A Decadência dos Partidos Políticos e o Caminho para a Democracia Direta. In: Rocha, Cármen Lúcia Antunes; Velloso, Carlos Mário da Silva (Coord.). **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1996.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 dez. 2017.
- BRASIL, **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Código eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 5 dez. 2017.
- BRASIL, **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Lei dos partidos políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096.htm>. Acesso em: 5 dez. 2017.
- BRASIL, **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as leis [...] e incentivar a participação feminina. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm>. Acesso em: 5 dez. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº 3.999**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12.11.2008, DJe-071, 17 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2584922>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº 4.086**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 12.11.2008, DJe-071, 17 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2622952>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 12.11.2008, DJE nº 184, divulgado em 18/09/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3903848>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº 4.795**, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2012, DJE nº 215, divulgado em 29/10/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4257995>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº 5.311**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, liminar julgada 30/09/2015, DJE nº 21, divulgado em 03/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4758587>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº 5.398**, Rel. Min. Roberto Barroso, medida cautelar. Despacho de 11/11/2015 (DJE nº 225, divulgado em 11/11/2015). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4867933>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança. Processo nº 26.602**, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 04.10.2007, DJe-197, 17 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513855>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança. Processo nº 26.603**, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04.10.2007, DJe-241, 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513846>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança. Processo nº 26.604**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 04.10.2007, DJe-187, 03 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2514122>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta. Processo nº 1.398, Resolução nº 22.526**, de 27 de março de 2007. Rel. Min. Francisco Cesar Asfor Rocha, DJ, v. 1, p. 143, 08 de mai. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.610/2007**. Relator Ministro Cezar Peluso, 25 out. 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.465/2015**. Relator Ministro Henrique Neves da Silva, 17 dez. 2015.

CARDOSO, José Carlos. **Fidelidade Partidária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. **Ciência Jurídica**, ano 8, v. 58, p. 55-61, jul./ago. 1994.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de direito eleitoral**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

FERREIRA, Luís Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1962, v. I.

JORGE, Flavio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abe-lha. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Reforma eleitoral: perspectivas atuais. **Estudos Eleitorais**, Brasília, v. 11, n. 3, p. 11-41, set./dez. 2016.

MILL, John Stuart. **Governo Representativo**. Tradução: E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964 [1861].

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NICOLAU, Jairo M. **Sistemas Eleitorais**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TELLES JÚNIOR. Goffredo. A Democracia Participativa. In: **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, vol. 100, 2005.

Rodrigo Élcio Marcelos Mascarenhas - Mestre em Administração Pública da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro. Bacharel em Comunicação Social – Jornalismo pela Universidade Fumec. Bacharel em Direito pela Universidade Fumec. Analista Legislativo – jornalista da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Advogado.

Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira - Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (bolsista FAPEMIG). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras Cidade Acadêmica de Belo Horizonte, Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Direito Empresarial e Metodologia da Pesquisa Científica.

O MERCOSUL E O COMPROMISSO DEMOCRÁTICO

Mercosur and the democratic commitment

Carlos Alberto Moraes

Resumo: O Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, firmado em 1998, constitui-se em importante instrumento jurídico/político que visa assegurar o regime democrático entre os seus signatários, a saber, Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Venezuela, Bolívia e Chile. Não obstante o compromisso firmado, utilizando-se de técnica imposta pelo uso das chamadas “cláusulas democráticas”, o texto do Protocolo de Ushuaia não se permitiu definir e caracterizar o que deve ser entendido por democracia. E assim, não sendo possível identificar quais os seus pressupostos ou elementos mínimos, torna-se possível a aplicação de severa penalidade, como no caso de suspensão do Estado Parte de integrar o bloco econômico, sem contar com uma referência segura para tanto. Em razão disto, buscar-se apontar essa insuficiência da cláusula democrática, demonstrando que a norma em questão é indeterminada e aberta, na medida em que permite considerável discricionariedade aos Estados Partes em sua aplicação, ocasionando grave insegurança jurídica entre os participantes. Assim, diante da indeterminação das chamadas “cláusulas democráticas” que tem por objetivo a manutenção do sistema político democrático nos Estados-Partes do MERCOSUL, abre-se a possibilidade de considerável discricionariedade na identificação dessa situação, ocasionando irresignação, instabilidade política e jurídica ao bloco. Além disto, toda essa liberdade para exegese do termo democracia permite um mero julgamento político, influenciado pelo clamor momentâneo que atravessam os Estados-Partes, possibilitando o uso estratégico da aplicação da cláusula democrática com base em interesses que desatinam ao objetivo principal do bloco. Nesse cenário, abordar-se-á os antecedentes do processo de integração econômica na América Latina até o surgimento do MERCOSUL, buscando-se identificar possíveis entraves na atualidade para a consolidação do bloco, a partir da observância de fatos históricos, políticos, econômicos e culturais referentes aos países participantes. Também será tratada qual a importância da democracia no que se refere à origem e à formação do MERCOSUL, enumerando-se os objetivos, além dos requisitos para ingresso e permanência dos Estados no bloco. Além disto, apresenta-se uma comparação entre o compromisso democrático no MERCOSUL e na União Europeia.

Palavras-chave: MERCOSUL. Cláusula democrática. Protocolo de Ushuaia. Indeterminação. Discricionariedade.

Abstract: The Ushuaia Protocol on Democratic Commitment in MERCOSUR, signed in 1998, is an important legal / political instrument aimed at ensuring democratic rule among its signatories, namely Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Bolivia and Chile. Despite the commitment made, using a technique imposed by the use of the so-called “democratic clauses”, the text of the Ushuaia Protocol was not allowed to define and characterize what should be understood by democracy. And thus, if it is not possible to identify what its minimum assumptions or elements, it becomes possible to impose a severe penalty, as in the case of suspension of the State Party from integrating the economic bloc, without counting on a safe reference to do so. Because of this, we seek to point out this insufficiency of the democratic clause, demonstrating that the norm in question is undetermined and open, as it allows considerable discretion to the States Parties in its application, causing serious legal uncertainty among the participants. Thus, given the indeterminacy of the so-called “democratic clauses” aimed at maintaining the democratic political system in the MERCOSUR States Parties, the possibility of considerable discretion in the identification of this situation opens up, causing the bloc’s political and legal instability. . In addition, all this freedom for exegesis of the term democracy, allows itself a mere political judgment, influenced by the momentary clamor that goes through the States Parties, allowing the strategic use of the application of the democratic clause based on interests that go beyond the main objective. of the block. In this scenario, the antecedents of the process of economic integration in Latin America will be approached until the emergence of MERCOSUR, seeking to identify possible current obstacles to the bloc’s consolidation, from the observance of historical, political, economic and cultural facts related to the participating countries. It will also be translated the importance of democracy regarding the origin and formation of MERCOSUR, listing the objectives, as well as the requirements for the admission and permanence of states in the bloc. It also compares the democratic commitment in MERCOSUR and in the European Union.

Keywords: MERCOSUR. Democratic clause. Ushuaia Protocol. Indetermination. Discretion.

1 Introdução

O presente estudo tem como objetivo a análise da discricionariedade que possuem os Estados Partes do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), a saber, Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela, na aplicação da chamada “cláusula democrática”, presente no Protocolo de Ushuaia, sobre Compromisso Democrático entre MERCOSUL, Bolívia e Chile, que permite a suspensão do bloco daquele Estado Parte que a violar em seu sistema de governo democrático.

Em que pese o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, de 1998, ser instrumento jurídico/político de considerável importância para formalizar e assegurar o compromisso democrático entre os seus signatários, o fato é que o texto do referido instrumento deixou de definir e caracterizar o que deve ser entendido como democracia, não se permitindo identificar quais os seus pressupostos ou elementos mínimos para a aplicação de uma grave sanção prevista em caso de seu descumprimento, que permite a suspensão do bloco do Estado Parte acusado de ruptura do compromisso democrático.

Em razão disto, buscar-se-á apontar essa insuficiência da cláusula democrática, demonstrando que a norma em questão é indeterminada e aberta, na medida em que permite considerável discricionariedade aos Estados Partes em sua aplicação, o que ocasiona grave insegurança jurídica entre os participantes.

O presente trabalho discorrerá sobre os antecedentes históricos do processo de integração econômica na América Latina, seus principais eventos e instrumentos firmados, até o surgimento do MERCOSUL. Além disso, adentrar-se-á sobre a importância do instituto da democracia para a origem e a formação do MERCOSUL. Ainda, será abordado o surgimento do MERCOSUL, apontando os seus objetivos e os requisitos para o ingresso e a permanência dos Estados participantes no bloco. Em seguida, o foco da análise serão as cláusulas democráticas na América Latina e as ratificações dos Protocolos do Ushuaia I e II. Finalmente, apresentar-se-á uma comparação entre o compromisso democrático estabelecido pelos países constituintes da União Europeia e do MERCOSUL.

2 MERCOSUL e o compromisso democrático

Os compromissos democráticos servem como instrumento de observância do regime da liberdade, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, sendo utilizados nos tratados internacionais pela incursão de “cláusulas democráticas”, que visam compromissar os Estados Partes à adoção, respeito, promoção e defesa da democracia. E, assim como em outros blocos, o MERCOSUL também está obrigado nesse compromisso, levando em conta que o reestabelecimento do regime democrático na América do Sul, foi o responsável pela viabilização de sua existência

2.1 A evolução histórica dos processos de integração econômica na América Latina. Os antecedentes do MERCOSUL

O processo de integração na América Latina remonta ao período de formação dos Estados-Nações na região, tendo estes como características em comum o subdesenvolvimento econômico e social.

O surgimento dos Estados Latinos está diretamente relacionado a dois processos indissociáveis, sendo o primeiro a internacionalização do modo de produção capitalista com caráter econômico e social, e, em segundo, o seu aspecto político-militar, que foi o processo de emancipação das colônias ibéricas¹.

Historicamente, a possibilidade de compartilhamento e união de esforços entre os Estados na América Latina é muito bem vista em seu aspecto eminentemente político. Entretanto, as diferenças econômicas têm dificultado a integração no decorrer de décadas, principalmente devido à dependência dos mercados das grandes potências mundiais, que sempre defenderam irrestritamente os seus próprios interesses econômicos².

Diante de tais obstáculos, o processo de integração Latino-Americana pode ser classificado didaticamente em quatro ondas³, conforme assevera Nilson Araújo de Souza, levando em conta as suas várias tentativas de

¹ WASSERMAN, Claudia. **História da América Latina**: cinco séculos (temas e problemas). 3. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2010. p. 177.

² MACHADO, Luiz Toledo. A teoria da dependência na América Latina. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 13, n. 35, p. 199. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v13n35/v13n35a18.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2018.

³ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 88, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018

consolidação, bem como as etapas percorridas em busca da concretização desse objetivo.

A primeira onda tem início na formação dos Estados-Nações na América Latina e vai até a grande crise mundial de 1914 a 1945⁴, quando várias tentativas de integração regional falharam no período⁵.

Nesse período, destaca-se o primeiro grande movimento integracionista latino-americano liderado por Simón Bolívar que, levando adiante os ideais integracionistas do venezuelano Francisco de Miranda, culminou na realização do Congresso Anfictiónico do Panamá, que ocorreu de 22 de junho a 15 de julho de 1826, na cidade do Panamá, na época em que fazia parte da Grande Colômbia⁶.

O Congresso Anfictiónico do Panamá contou com a presença da Grã-Colômbia (cujo território atualmente compreende Colômbia, Venezuela, Equador e Panamá), Peru, México e República Centro-Americana (que compreendia as atuais Guatemala, Honduras, Costa Rica, Nicarágua e El Salvador). Também participaram na condição de observadores os convidados Brasil, EUA – Estados Unidos, Grã-Bretanha e os Países Baixos⁷.

Segundo discorrem Figueiredo e Braga⁸, a matéria de fundo da idealização desse Congresso tinha como objetivo constituir uma instituição que unificasse, em algum nível, as repúblicas americanas que se tornaram independentes do Império Espanhol. Era consensual que o Congresso do

⁴ ARTHMAR, Rogério. Os Estados Unidos e a economia mundial no pós-Primeira Guerra. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, n. 29, p. 104, 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2156>. Acesso em: 08 jul. 2018

⁵ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 88, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁶ BUENO, Elen de Paula; OLIVEIRA, Victor Arruda Pereira de. O Congresso do Panamá (1826): perspectivas políticas, teóricas e jurídicas nas relações internacionais. **Papel Político**, [S.l.], v. 20, n. 1, p. 258, 2015. Disponível em: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/papelpol/article/view/12632/10425>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁷ BUENO, Elen de Paula; OLIVEIRA, Victor Arruda Pereira de. O Congresso do Panamá (1826): perspectivas políticas, teóricas e jurídicas nas relações internacionais. **Papel Político**, [S.l.], v. 20, n. 1, p. 260, 2015. Disponível em: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/papelpol/article/view/12632/10425>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁸ FIGUEIREDO Alexandre Ganan de Brites; BRAGA, Márcio Bobik. Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 313-314, maio/ago., 2017. Disponível em: <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/141/147>. Acesso em: 08 jul. 2018.

Panamá constituiria uma aliança militar com o objetivo de defesa mútua, garantindo as independências recém-conquistadas e a manutenção das formas republicanas de governo.

Na oportunidade, foram celebrados quatro tratados, que propunham basicamente a integração da América Hispânica, sendo que o mais relevante deles foi o Tratado de União, Liga e Confederação de 1826, firmado por Colômbia, México, Peru e República Centro-americana. Esse tratado ainda é referenciado como emblemático para as iniciativas de integração na América Latina; contudo, nunca chegou a entrar em vigor, tendo em vista a ausência das ratificações⁹.

Após o Congresso do Panamá, novas tentativas de integração ocorreram (1831, 1838, 1839 e 1840), com a liderança do México, que convocou as nações latino-americanas para dar continuidade às conferências, que acabaram não ocorrendo por falta de interesse dos Estados¹⁰.

O andamento do movimento de integração somente foi retomado no final do ano de 1847, no Congresso de Lima, no Peru, quando os representantes dos Estados da Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru assinaram a Convenção Consular, Convenção de Correios, novo Tratado de União e Confederação, Tratado de Comércio e Navegação, mas também caíram no vazio, pois nenhum deles foi ratificado¹¹.

Conforme expõe o autor Nilson Araújo de Souza¹², ocorreu, na época, uma sucessão de outros tratados integracionistas, como foi o de 1856, quando, por iniciativa da Venezuela, foi firmado o Tratado Continen-

⁹ FIGUEIREDO, Alexandre Ganan de Brites; BRAGA, Márcio Bobik. Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 313, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/141/147>. Acesso em: 08 jul. 2018.

¹⁰ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. A integração latino-americana no século XIX: antecedentes históricos do Mercosul. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 57, p. 177-194, dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14953>. Acesso em: 08 jul. 2018.

¹¹ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. A integração latino-americana no século XIX: antecedentes históricos do Mercosul. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 57, p. 177-194, dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14953>. Acesso em: 08 jul. 2018.

¹² SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 90, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

tal entre Chile, Peru, Equador, Bolívia, Costa Rica, Nicarágua, Honduras, México e Paraguai. No mesmo período, também foi acordado em Washington, por iniciativa da Guatemala, o Tratado de Aliança e Confederação entre Nova Granada, Guatemala, El Salvador, México, Peru, Costa Rica e Venezuela. Além disso, entre novembro de 1864 e março de 1865, por convite do governo peruano, com a participação da Colômbia, Chile, Venezuela, Equador, El Salvador e Peru, aprovaram-se quatro tratados, dentre eles o de União e Aliança defensiva.

Apesar de todo o esforço despendido, nenhuma dessas tentativas de integração logrou êxito. Existem inúmeras causas para esse fracasso, sendo fundamental a que prevaleceu nos primeiros cem anos de independência da América Latina, que foi a disputa entre Estados Unidos (EUA) e Inglaterra pela divisão da região em suas áreas de influência, ou mesmo, de domínio direto¹³.

As tentativas de integração na América Latina que transcenderam a nossa história estão diretamente relacionadas ao fenômeno da colonização¹⁴. Desde o encontro dos povos que habitavam a América com os Europeus, no século XV, luta-se pela completa independência, mas, até os dias atuais, isso não foi totalmente possível.

A independência política foi uma conquista histórica na formação dos Estados-Nações Latino-americanos, bem como as suas delimitações territoriais. Entretanto, a independência econômica tende a ser recalcitrante, refletindo na organização política, social e cultural dos países localizados abaixo da fronteira estadunidense¹⁵.

A autora Fernanda Frizzo Bragato, em estudo sobre a lógica da colonialidade e a violação seletiva de direitos humanos por meio da discriminação¹⁶, leciona:

¹³ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 90, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

¹⁴ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter; QUENTAL, Pedro de Araújo. Colonialidade do poder e os desafios da integração regional na América Latina. **Revista Latinoamericana Polis**, [S.l.], n. 31, p. 8-9, 2012. Disponível em: <http://journals.openedition.org/polis/3749>. Acesso em: 08 jul. 2018.

¹⁵ WASSERMAN, Claudia. **História da América Latina**: cinco séculos (temas e problemas). 3. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2010. p. 177.

¹⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 1812, 2016.

Continuamos a viver sob a mesma ‘matriz de poder colonial’. Com a descolonização jurídico-política, saímos de um período de ‘colonialismo global’ para entrar num período de ‘colonialidade global’. Embora as ‘administrações coloniais’ tenham sido quase todas erradicadas e grande parte da periferia se tenha organizado politicamente em Estados independentes, os povos não-europeus continuam a viver sob a rude exploração e dominação europeia/euroamericana. As antigas hierarquias coloniais, agrupadas na relação europeias versus não europeias, continuam arraigadas e enredadas na ‘divisão internacional do trabalho’ e na acumulação do capital à escala mundial.

Por sua vez, o historiador Túlio Halperin Donghi, também sobre a colonialidade, descreve com maestria o processo de sucessão da dominação colonial ibérica pela dominação neocolonial dos novos centros de poder. No espaço que então era ocupado por Espanha e Portugal na América Latina, tradicionais colonizadores cederam o lugar para a entrada da Inglaterra e dos EUA, que disputavam entre si o domínio econômico da região¹⁷.

Os EUA, com elevada vocação imperialista para expandir seus territórios, após se sobreporem na América do Norte e Central, utilizando-se de poderio militar, se voltaram para a conquista de domínio sobre a América do Sul; contudo, aqui não se utilizaram da força bélica, mas sim de acordos comerciais como instrumento de dominação¹⁸.

Assim, em franca disputa com a Inglaterra pela hegemonia da região, os EUA apresentaram, em 1887, uma proposta para a realização de uma união aduaneira com o Brasil e, logo em seguida, no ano de 1889, avançaram na proposição de constituição de uma comunidade comercial direcionada a todos os Estados da América, o que seria uma ideia embrionária do que, no futuro, seria a chamada Área de Livre Comércio das Américas (ALCA)¹⁹.

¹⁷ DONGHI, Túlio Halperin. **História da América Latina**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1975. p. 149-200.

¹⁸ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 92, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

¹⁹ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 91, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

Entre os anos de 1840 a 1870, a forte expansão industrial americana carecia de novos mercados, bem como necessitava conseguir mais fontes de matérias-primas para sua indústria, sempre com o resguardo de protecionismo e apoio estatal²⁰. Nesse período, houve a aceleração do natural processo de concentração e centralização do capital, formando-se os grandes monopólios²¹.

Após esse período, ocorreu nos EUA uma fusão entre os monopólios industriais e os bancários, formando-se então o chamado capital financeiro e, a partir desse fato, a exportação de capital se sobrepõe ao comércio de produtos. Embasado nesse novo modelo, os estadunidenses decidem incorporar em seus domínios econômicos a América do Sul²².

Entretanto, os planos norte-americanos para a dominação sobre toda a América encontraria um grande obstáculo proporcionado por outro país tradicionalmente colonizador, a Inglaterra. Esse país, após mais de setenta anos em que ocorrera a chamada revolução industrial²³, entre 1846 e 1849, foi considerado a oficina do mundo e, na direção oposta do forte protecionismo interno dos EUA, decidiu derrubar suas medidas protecionistas, propondo uma política de livre comércio²⁴.

A investida inglesa foi refutada pelos países considerados mais desenvolvidos, como França, EUA, Alemanha, Japão, Itália e Rússia, que declinaram desse sistema de livre comércio. Entretanto, países sem condições de barganha, como, no caso, os localizados na América Latina, e na condição de subdesenvolvidos e pobres, acabaram aceitando a proposta inglesa²⁵.

²⁰ HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital: 1848-1875**. Tradução: Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017. p. 300.

²¹ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 92, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

²² SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 92, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

²³ HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848**. Tradução: Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra. Cap. 2: A revolução industrial, p. 35-60.

²⁴ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 93, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

²⁵ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 93, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018

Com a implantação desse sistema, a Inglaterra participava com a produção e exportação de produtos industriais, cabendo aos países mais frágeis e que há pouco tempo haviam conseguido sua independência, a produção e exportação de produtos primários²⁶.

Assim, no final do século XIX, houve na América do Sul o predomínio dos monopólios do capital financeiro e da exportação de capitais, ou seja, da imposição do chamado imperialismo, conforme denominado originalmente pelo economista inglês John A. Hobson²⁷. Com base nesse domínio externo sobre a região, as possibilidades de integração Latino-americana foram consideravelmente enfraquecidas:

Hobson considera o fenômeno do imperialismo como um desajuste temporal e uma enfermidade curável do capitalismo da época. Todas as ideias expostas pelo autor neste trabalho envolvem sua teoria do excesso de poupança ou subconsumo, através da qual associa a expansão colonial com o desenvolvimento capitalista das metrópoles nos finais do século XIX. Não obstante, são sobretudo os fatores não econômicos que conduzem a política imperialista – aspectos políticos, ideológicos e morais.

Por outro lado, entre o período da chamada grande crise (1914-1945) até o início dos anos 1970 do século XX, iniciou-se a segunda “onda” de integração da América Latina, tendo como característica o processo de industrialização em vários Estados, principalmente Brasil, Argentina e México, mas também em outros países menores em dimensões territoriais, como Chile, Colômbia e Uruguai, quando se tornou possível produzir muito do que necessitavam importar das grandes potências²⁸.

Com a eclosão da Grande Depressão a partir da crise de 1929 nos EUA, as economias Latino-americanas, cujo centro dinâmico é definido no centro capitalista demandante dos bens primários, sofreram fortemente

²⁶ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 93, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

²⁷ BUGIATO, Caio MartIns. Teoria do imperialismo: John Hobson. *Revista de Iniciação Científica da FFC, Marília*, v. 7, n. 2, p. 129, 2007.

²⁸ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 94, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

seus reflexos. Com isso, principalmente as maiores economias, como Argentina, Brasil e México, se forçaram a desenvolver um Processo de Industrialização em substituição às importações²⁹.

Essa nova fase econômica, derivada da industrialização nos países latinos, favoreceu a integração regional, aumentando o intercâmbio comercial entre eles. Ocorreu então, nesta fase, a primeira tentativa de integração entre Argentina e Brasil, países que, a partir da Conferência da Bacia do Prata, em 1941, assinaram vários acordos de integração comercial³⁰, objetivando formar uma área de livre comércio, sendo esse um passo para a criação de uma união alfandegária que incluísse, além de Argentina e Brasil, os vizinhos Uruguai, Paraguai, Bolívia e Chile³¹.

Em 1942, com o objetivo de blindar o continente Latino-americano contra possíveis investidas nazi-facistas, os EUA prejudicaram a integração sul-americana em defesa de seus interesses, criando vários obstáculos comerciais, inclusive entre Brasil e Argentina, sendo esta última muito pressionada por haver se mantido neutra em respeito aos conflitos bélicos que ocorriam no mundo à época³².

A volta do movimento em prol da integração Latina só foi retomada em 1948, quando ocorreu a criação da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) pela ONU, com o intuito de solucionar as demandas da região³³.

²⁹ FERREIRA, Carlos Serrano. VIEIRA, Wilson. A construção da nação na América Latina, um processo Interrompido: bloqueios Internos e externos. **PLURAL, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP**, São Paulo, v. 24.2, p. 54, 2017.

³⁰ VILELLA, Ana Maria. O Tratado da Bacia do Prata. **R. Inf. legisl.**, Brasília, DF, ano 21 n. 81, jan./mar. 1984. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/186298/000406291.pdf?sequence=5>. Acesso em: 08 jul. 2018.

³¹ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 96, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

³² SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 96, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018

³³ HAJFNE, Jacqueline A. Hernández. A CEPAL e a integração regional latino-americana. **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 20, n. 37, p. 108, mar. 2002. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/10690/6317>. Acesso em: 08 jul. 2018.

Tendo a industrialização como meta para o desenvolvimento econômico da região, a CEPAL propôs um projeto de integração, tendo como base o incremento do mercado e a criação de grandes indústrias, principalmente aquelas que produziam bens de capital e bens intermediários, “criando um novo sistema para desenvolver o intercâmbio latino-americano, adequado a duas grandes exigências: a industrialização e a necessidade de atenuar a vulnerabilidade externa dos países da América Latina”³⁴.

Em 1951, foi criado o Comitê de Cooperação Econômica do Istmo e a Organização dos Estados Centro-Americanos (ODECA), que, depois de várias transformações, passaria a chamar-se Mercado Comum Centro-americano (MCCA), em 1960, e o Sistema de Integração Centro-americano (SICA), na década de 1990. Entretanto, com a guerra entre El Salvador e Honduras, no ano de 1969, nova intervenção americana veio a prejudicar os movimentos integracionistas³⁵.

Em 1952, o então Presidente argentino Juan Perón propôs ao representante do Brasil, Getúlio Vargas, o restabelecimento do Pacto A.B.C. entre Argentina, Brasil e Chile, que havia sido assinado no começo do século entre os três países. Contudo, com a mudança no executivo nos dois maiores países da América do Sul, um pela morte de Getúlio e outro pela queda de Perón, além de controvérsias e rivalidades partidárias internas nesses países, acabou sendo determinante para um novo fracasso integrativo³⁶.

Na sequência, no ano de 1960, em Montevidéu, foi assinado o tratado que instituiu a Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC), formada por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai, considerado um avanço integracionista no século XX. Tinha como objetivo a ampliação do comércio regional. A ALALC propôs uma gradual queda das barreiras comerciais durante esse período. Contudo, por

³⁴ HAJFNE, Jacqueline A. Hernández. A CEPAL e a integração regional latino-americana. **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 20, n. 37, p. 112, mar. 2002. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/AnaliseEconomica/article/view/10690/6317>. Acesso em: 08 jul. 2018.

³⁵ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 97, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

³⁶ SANTOS, Raquel Paz dos. O impacto do projeto do pacto abc nas relações Brasil-Argentina durante o segundo governo Vargas. **Revista OPSIS**, Catalão, GO, v. 14, p. 54, 2014. n. Esp. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/Opsis/article/download/29893/18231>. Acesso em: 08 jul. 2018.

pressão norte-americana, com interesses contrários à integração latino-americana, os acordos foram mais modestos, limitando-se à área de livre comércio, que sequer chegou a se concluir. Além disso, a ALALC apresentou somente bons resultados durante aproximadamente três anos, sendo que as mudanças políticas diante da implantação das ditaduras militares na América do Sul colocaram um basta na continuidade da integração³⁷.

Ainda sobre o fracasso da ALALC, é preciso registrar que, após a morte de John Kennedy, em 1963, e sob uma agenda agressiva de política externa norte-americana, passou a ser fundamental a substituição de governos latino-americanos que não estivessem de acordo com a abertura de suas economias para a entrada de capital estrangeiro. Sucederam-se, a partir daí, inúmeros golpes militares na região. E, como consequência, os novos governos instalados passaram a alinhar-se automaticamente à política do Departamento de Estado e a abrir caminho para a invasão econômica por parte das empresas transnacionais. Assim, como essa política e esse avanço econômico não interessava à efetivação da integração latino-americana, os acordos firmados para a criação da ALALC não avançaram³⁸.

A terceira onda de integração latino-americana surgiu com novos atores, entre os anos 1960 e 1970, quando Japão e Alemanha aumentaram consideravelmente a produtividade do trabalho em detrimento dos EUA, abrindo a possibilidade de novas tentativas de integração na América Latina³⁹.

Em 1969, foi firmado o Pacto Andino mediante o Acordo de Cartagena entre Bolívia, Chile, Colômbia e Peru, o qual contou com a posterior adesão da Venezuela, em 1973, constituindo-se num bloco com área de livre comércio⁴⁰:

³⁷ CAVLAK, Iuri. A Alalc como auge da integração sul-americana no século XX. **História: debates e tendências**, Passo Fundo, v. 12, n. 1, p. 38-48, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rhdt/article/view/2708/1844>. Acesso em: 08 jul. 2018.

³⁸ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 101-102, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

³⁹ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da Integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 102, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁴⁰ SILVA, José Ultemar da. A importância da comunidade andina para a economia da América Latina. **Revista Gerenciais**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 72-82, 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/html/3312/331227108008/>. Acesso em: 08 jul. 2018.

Objetiva promover o desenvolvimento balanceado e harmônico dos países-membros em condições de equilíbrio pela integração e pela cooperação econômica e social, acelerar o crescimento dos países andinos, gerar empregos e facilitar a participação no processo de integração regional, com o intuito de formar, gradualmente, um mercado comum latino-americano. Nesse sentido, a proposta é reduzir a vulnerabilidade externa dos países-membros e impor sua posição no contexto econômico internacional, reforçar a solidariedade regional e reduzir as diferenças no desenvolvimento que existem entre os países e, por fim, definir metas sociais orientadas para a melhoria da qualidade de vida dos diferentes grupos, com o fito de promover o desenvolvimento comum.

Apesar de ser um dos blocos mais antigos ainda vigentes na Latino-América, com o surgimento de vários outros, atualmente a CAN tem um papel limitado a resolver demandas conflituosas entre seus participantes, dado o ambiente de constante animosidade, que só cresceu nos últimos anos, culminando inclusive com a saída da Venezuela. Nessa esteira, são constantes as diferenças ideológicas entre alguns dos membros, as quais, somadas à falta de liderança em relação à integração econômica e política, têm limitado os objetivos práticos da existência do bloco⁴¹.

Em 1975, a proposta de criação do Sistema Econômico Latino-americano, o SELA - *Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe*, que não era um bloco econômico regional, mas contribuía para a sua formação na medida em que propiciava ações coordenadas entre os vários governos da região, foi importante para demonstrar a força do projeto ‘integracionista’ latino-americano⁴².

A partir do esforço referido, em 1980, celebrou-se novo Tratado de Montevideu, que transformou a ALALC na Associação Latino-americana de Integração (ALADI). Algumas mudanças significativas foram introduzidas, porém relativamente aos objetivos e aos mecanismos da Associação. Primeiramente, deixou-se de lado a intenção de instituir uma zona

⁴¹ BRESSAN, Regiane Nitsch; LUCIANO, Bruno Theodoro. A comunidade andina no século XXI: entre bolivarianos e a Aliança do Pacífico. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 26, n. 65, p. 77, mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v26n65/0104-4478-rsocp-26-65-0062.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁴² SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 103, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

de livre comércio, dando-se prioridade, a despeito do objetivo formal, à criação de um mercado comum e ao estabelecimento de uma zona de preferências tarifárias regionais, o que representa uma abdicação aos objetivos que antecederam a nova Associação, optando-se por uma integração mais simplificada⁴³.

Os primeiros ensaios de aproximação entre Brasil e Argentina, na qualidade de principais personagens dessa trama política e econômica, datam do ano de 1985, quando ambos os países, em processo de redemocratização, firmaram a Declaração de Iguazu, no contexto da superação da dinâmica de competição, fomentada pelos regimes militares, substituindo-a por um quadro de cooperação e convergências⁴⁴.

A autora argentina Luciana Beatriz Scotti, por sua vez, retrata com riqueza de detalhes o processo de aproximação dos países que culminou com a assinatura do Tratado de Assunção e a então constituição do MERCOSUL⁴⁵:

Finalmente, com o advento das democracias em ambos os países, na Argentina com a Presidência de Raúl Alfonsín em 1983 e no Brasil com o governo de José Sarney em 1985, o processo de integração em si foi seriamente enfrentado. Em 1985, os presidentes Sarney e Alfonsín assinaram a lei do Iguazu, que resultou no ano seguinte ao programa de cooperação e integração econômica Brasil-Argentina (SPRUCE), ao abrigo do qual ambos os países chegaram a vários acordos setoriais. Seus objetivos, na época, eram inicialmente de natureza político-estratégica: fortalecer as democracias recentemente estabelecidas em ambos os países e eliminar qualquer hipótese de possível conflito. Apenas em segundo lugar foram impulsionados por interesses econômicos, especialmente: promover a cooperação e o intercâmbio tecnológico em determinadas áreas consideradas estratégicas: setor automotivo, bens de capital e alimentos. Posteriormente, assinaram a declaração conjunta de Iguazú sobre a política nuclear e uma acta em que foi criado um programa de integração e de

⁴³ SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 104, 2012. Disponível em: <http://www.revistaoikos.org/seer/Index.php/oikos/article/view/296/168>. Acesso em: 08 jul. 2018.

⁴⁴ ZANETTI, Augusto. **O MERCOSUL: dimensões do processo de integração na América do Sul**. São Paulo: Claridade, 2015. p. 29.

⁴⁵ SCOTTI, Luciana B. **Derecho de la integración**. 3. ed. Montevideo: Buenos Aires: Bdef 2018. p. 77.

cooperação econômica gradual e flexível. No final de 1988, ambos os países realizaram o Tratado sobre integração, cooperação e desenvolvimento, no qual se comprometeram a formar um espaço econômico integrado em dez anos, através da eliminação das barreiras pautais e não pautais e da liberalização de Comércio bilateral gradual. A vinda ao poder de dois presidentes com fortes orientações liberais, Carlos Menem na Argentina, em 1989, e Fernando Collor de Melo no Brasil em 1990, acelerou o processo integracionista. De fato, o período de rescisão do mercado comum em cinco anos foi reduzido, conforme estipulado na lei de Buenos Aires de 1990 de julho. Um novo passo foi a entrada do Uruguai e do Paraguai no programa de integração argentino-brasileira. Foi assim que chegamos à conclusão do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, que criou o mercado comum do Sul, assinado e ratificado pelo Brasil, Uruguai, Paraguai e Argentina, e redobrar a aposta, porque o objetivo da zona de livre comércio foi abandonado e a substituição pela conformação de um mercado comum⁴⁶.

⁴⁶ Texto original: Finalmente con la llegada de las democracias en ambos países, en Argentina con la presidencia de Raúl Alfonsín en 1983 y en Brasil con el gobierno de José Sarney en 1985, se encaró seriamente el proceso de Integración propiamente dicho. En 1985, los presidentes Sarney y Alfonsín firmaron el Acta de Iguazú, que dio lugar al año siguiente al Programa de Integración y Cooperación Económica Brasil-Argentina (PICE), bajo el cual ambos países llegaron a varios acuerdos sectoriales. Sus objetivos, por entonces, eran en primer lugar de carácter político-estratégico: fortalecer las democracias recientemente Instauradas en ambos países y eliminar toda hipótesis de conflicto posible. Sólo en un segundo lugar estaban movidos por Intereses económicos, en especial: promover la cooperación y el Intercambio tecnológico en ciertas áreas consideradas estratégicas: sector automotor, bienes de capital y alimentos. Posteriormente, firmaron la Declaración Conjunta de Iguazú sobre política nuclear y un acta en la que se estableció un programa de Integración y cooperación económica gradual y flexible. A finales de 1988 ambos países celebraron el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo, en el que se comprometieron a conformar un espacio económico Integrado en diez años, a través de la eliminación de las barreras tarifarias y no tarifarias y la liberalización gradual del comercio bilateral. La llegada al poder de dos presidentes con fuertes orientaciones liberales, Carlos Menem en Argentina en 1989 y Fernando Collor de Melo en Brasil en 1990, aceleró el proceso Integracionista. En efecto, se redujo el plazo para la terminación del mercado común em cinco años, según se estipuló en el Acta de Buenos Aires de Julio de 1990. Un nuevo paso fue la entrada de Uruguay y Paraguay en el programa de Integración argentino- brasileño. Así es como llegamos a la celebración del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, que creó el Mercado Común del Sur, firmado y ratificado por Brasil, Uruguay, Paraguay y Argentina, y redoblando la apuesta, pues se abandonó la meta de la zona de libre comercio y se la reemplazó por la conformación de un mercado común (tradução nossa). SCOTTI, Luciana B. **Derecho de la integración**. 3. ed. Montevideo; Buenos Aires: Bdef, 2018. p. 77.

Com isso, no dia 26 de março de 1991, os governos dos quatro países do Cone Sul: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, considerando a necessidade de ampliarem suas economias em prol do desenvolvimento econômico e social e o estreitamento das relações entre seus povos e, a fim de incrementar uma integração internacional mais autônoma e menos vulnerável às oscilações do mercado externo, procederam à assinatura do Tratado de Assunção. Esta iniciativa visava à constituição de um Mercado Comum, em linhas gerais, semelhante aos objetivos buscados pelo então Mercado Comum Europeu⁴⁷.

Assim, uma vez constituído, o MERCOSUL assumiria as seguintes características, conforme o art. 1º do Tratado de Assunção⁴⁸:

Livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos mediante a eliminação das barreiras tarifárias ou de qualquer outra de efeito equivalente como as fitossanitárias e sanitárias e acusações de prática de dumping; - A implementação de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados, através da criação de uma Tarifa Externa Comum (TEC); - A coordenação de políticas macroeconômicas objetivando harmonizar as relações comerciais entre os Estados membros no âmbito dos setores agrícola, industrial, fiscal, monetário, cambial, de capitais e comércio exterior entre outros; - O compromisso dos Estados membros com a busca da harmonização de suas legislações nas áreas pertinentes, visando o fortalecimento do processo de integração.

Segundo as lições de Luciane Klein e Alberto do Amaral Júnior, o MERCOSUL se enquadra dentro do que se conhece como “novo regionalismo”, tendo como primeiros integrantes os Estados da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai (Tratado de Assunção – 1991), contando com a incorporação da Venezuela como membro pleno a partir de 2012 e, atualmente, aguarda-se a ratificação do Protocolo de Adesão do Estado Plurinacional da Bolívia ao MERCOSUL. Contudo, em que pese a “falta de vigência do Protocolo, [...] na 48ª Reunião de Cúpula dos Chefes de Estado do MER-

⁴⁷ ZANETTI, Augusto. **O MERCOSUL: dimensões do processo de integração na América do Sul**. São Paulo: Claridade, 2015. p. 32.

⁴⁸ ZANETTI, Augusto. **O MERCOSUL: dimensões do processo de integração na América do Sul**. São Paulo: Claridade, 2015. p. 33.

COSUL, ocorrida em Brasília em 17.07.2015, oficializou-se formalmente o ingresso da Bolívia ao bloco⁴⁹.

2.2 A importância da democracia na origem e na formação do MERCOSUL

O termo democracia tem origem na Antiguidade Clássica, na Grécia, tendo em sua base estrutural a igualdade política, diretriz que era observada a ponto de variados cargos públicos terem sido preenchidos por meio de um sorteio, com o objetivo de proporcionar chances iguais a seus pretendos interessados. Já o processo eleitoral, por votação, era considerado um método oligárquico e, assim, contrário ao que se entendia por democracia⁵⁰.

Contudo, no decorrer da história política, houve uma inversão na concepção dos valores democráticos⁵¹, estando esses cada vez mais vinculados a um governo representativo, enquanto a igualdade política fora lançada a um segundo plano, ocorrendo um distanciamento na efetiva participação popular nas atividades governamentais, reservada agora aos cuidados imediatos dos representantes eleitos. A alteração de paradigma conceitual do termo democracia é dinâmico no decorrer de todo o processo histórico, sendo que essa expressão já foi relacionada a inúmeros significados e combinações institucionais diversas, sendo compreendido de forma diferente, a depender do lugar ou da época em que foi utilizado⁵².

⁴⁹ VIEIRA, Luciane Klein; JUNIOR AMARAL, Alberto do. A proteção internacional do consumidor no MERCOSUL. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 106, p. 3, jul./ago. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.03.PDF. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁵⁰ MEDEIROS, Nayara Fátima Macedo de. Democracia clássica e moderna: discussões sobre o conceito na teoria democrática. **Revista Eletrônica de Ciência Política**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 2, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2393>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁵¹ A democracia direta da Antiga Grécia com o passar dos séculos, com o aumento das populações vai cedendo espaço para a democracia representativa ou Indireta, bem como a democracia participativa. MEDEIROS, Nayara Fátima Macedo de. Democracia clássica e moderna: discussões sobre o conceito na teoria democrática. **Revista Eletrônica de Ciência Política**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 1, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2393>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁵² MEDEIROS, Nayara Fátima Macedo de. Democracia clássica e moderna: discussões sobre o conceito na teoria democrática. **Revista Eletrônica de Ciência Política**, Curitiba,

Em que pese historicamente muitas vezes a dimensão vertical (representativa) ser considerada oposta à dimensão horizontal (participativa), como ocorreu na Grécia Antiga, hodiernamente, ambas são consideradas elementos essenciais na democracia, reconhecendo-se entre elas uma relação de complementariedade⁵³.

No período da chamada guerra fria travada entre os EUA e a União Soviética, houve no contexto mundial um intenso processo de descolonização, sendo que a Revolução Cubana indicava que a América Latina poderia seguir no mesmo caminho, com a possibilidade de ocorrência de profundas alterações em sua ordem social⁵⁴.

A partir de 1964, sentindo a possibilidade de sua vizinhança contaminar-se pela influência ideológica de seu opositor, os EUA orquestraram a proliferação de ditaduras no Cone Sul e, posteriormente, em quase toda a América Latina, que adotaram como referência a Doutrina de Segurança Nacional (DSN)⁵⁵.

O Brasil foi o primeiro Estado a estabelecer uma ditadura civil-militar (1964-1985), dando início a uma onda de regimes cerceadores da participação política, como ocorreu na Argentina (1966 e novamente em 1976), no Chile (1973) e Uruguai (1976). Logo após esses, a quase totalidade dos países da região foi tomada por regimes autoritários, em maior ou menor grau, influenciados pela DSN, com exceção de Venezuela e México⁵⁶.

Sem democracia no continente, a integração entre os Estados foi gravemente comprometida, pois os regimes autoritários, por variadas razões, apresentam dificuldade para patrocinar ou participar desse processo.

ba, v. 6, n. 2, p. 2, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2393>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁵³ SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994. p. 187

⁵⁴ MENDES, Ricardo Antonio Souza. Ditaduras civil-militares no Cone Sul e a doutrina de segurança nacional: algumas considerações sobre a historiografia. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 5, n. 10, p. 8, jul./dez. 2013.

⁵⁵ MENDES, Ricardo Antonio Souza. Ditaduras civil-militares no Cone Sul e a doutrina de segurança nacional: algumas considerações sobre a historiografia. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 5, n. 10, p. 8, jul./dez. 2013.

⁵⁶ MENDES, Ricardo Antonio Souza. Ditaduras civil-militares no Cone Sul e a doutrina de segurança nacional: algumas considerações sobre a historiografia. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 5, n. 10, p. 9, jul./dez. 2013.

Cabe destacar que os regimes ditatoriais possuem ideários nacionalistas, tendendo a buscar hegemonia e fomentar disputas geopolíticas com vizinhos, o que prejudica a multiplicação de práticas econômicas e de responsabilidades compartilhadas que são características da integração, que acabam, de certa forma, impondo processos de transferência de soberania política, ideia antipática aos olhos dos regimes que concentram poder em uma pessoa ou grupo, inspirando uma natural desconfiança em negociações multilaterais⁵⁷.

Com o retorno da democratização na América do Sul, nos anos 1980, houve um cenário apropriado para o restabelecimento efetivo do processo de integração no continente, aparando antigas desconfianças, principalmente entre Brasil e Argentina⁵⁸.

Segundo Adriano Freixo e Taís Ristoff, discorrendo sobre a relação da democratização e integração regional, a democracia passou a ser um pressuposto obrigatório para a integração regional⁵⁹:

O processo de integração regional se desenvolveu paralelamente ao processo de democratização de seus Estados-membros e o elemento ‘democracia’, ao menos no que se refere aos seus aspectos formais, passou a deter uma significativa importância nos discursos oficiais e foi considerado desde o início como um pressuposto para a integração.

Os dois governos de Brasil e Argentina, após a redemocratização, enfrentavam graves problemas econômicos ocasionados pelo peso da dívida contraída pelos militares e pela necessidade de conseguir créditos, que estavam cada vez mais escassos. Assim, a possibilidade de unir forças aparecia como excelente oportunidade para enfrentar os desafios da competição

⁵⁷ MARQUES, Fabrício R.; CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e; DRIUSSO, Marcelo. O peso da redemocratização no processo de Integração entre Brasil e Argentina. **Cadernos PRO-LAM/USP**, São Paulo, ano 9, v. 2, p. 22, 2010

⁵⁸ MARQUES, Fabrício R.; CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e; DRIUSSO, Marcelo. O peso da redemocratização no processo de Integração entre Brasil e Argentina. **Cadernos PRO-LAM/USP**, São Paulo, ano 9, v. 2, p. 43-44, 2010.

⁵⁹ FREIXO, Adriano; RISTOFF, Taís. Democracia e Integração regional: a experiência do MERCOSUL. Agenda Social (UENF), [S.l.], v. 1, p. 42, 2008 apud MARQUES, Fabrício R.; CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e; DRIUSSO, Marcelo. O peso da redemocratização no processo de integração entre Brasil e Argentina. **Cadernos PROLAM/USP**, São Paulo, ano 9, v. 2, p. 31, 2010.

econômica internacional, sendo que, juntos, tinham mais chance de superar a dependência externa e os dilemas do desenvolvimento⁶⁰.

Nessa mesma linha, discorre Celso Amorim, reconhecendo a democracia como fator importante para a integração regional:

Na realidade, o grande impulso à aproximação Brasil-Argentina foi de natureza política. Quando os dois países saíram de governos militares, governos autoritários, eles perceberam que era preciso criar uma comunidade de interesses e que essa comunidade de interesses não poderia se esgotar nos contatos políticos. Era importante que essa comunidade de interesses também se lastreasse na parte econômica. Foi por isso que, no processo de aproximação Brasil-Argentina, se deu tanta ênfase ao aspecto comercial desde o primeiro momento. Estou me referindo ao ano de 1985, quando o Presidente Alfonsín – recentemente falecido, o que todos nós lamentamos e sentimos profundamente porque foi um grande democrata da região – e o Presidente Sarney – que não por coincidência nos representou nas homenagens após a morte do Presidente Alfonsín – iniciaram um processo de diálogo que teve várias vertentes⁶¹.

No que tange à aproximação do Uruguai com a Argentina e com o Brasil, esta já ocorria desde a década de 1970, tendo como principais referências o Convênio Argentino-Uruguaio de Cooperação Econômica, assinado em 20 de agosto de 1974, e o Protocolo de Expansão Comercial com o Brasil, assinado em 12 de junho de 1975⁶².

No final dos anos 1980, Argentina, Brasil e Uruguai já podiam comemorar o fim das ditaduras militares e o retorno dos governos civis, eleitos em processos democráticos. Entretanto, o mesmo não ocorria com o Paraguai, que ainda estava sob a égide de um governo de força, liderado pelo general Alfredo Stroessner⁶³.

⁶⁰ MARQUES, Fabrício R.; CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e; DRIUSSO, Marcelo. O peso da redemocratização no processo de Integração entre Brasil e Argentina. **Cadernos PRO-LAM/USP**, São Paulo, ano 9, v. 2, p. 43, 2010.

⁶¹ AMORIM, Celso. A integração sul-americana. **Diplomacia, Estratégia e Política**, Brasília, DF, n. 10, p. 6, out./dez. 2009.

⁶² TREIN, Franklin. MERCOSUL: uma breve análise de suas origens à crise atual. **Civitas**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 12, out. 2000.

⁶³ TREIN, Franklin. MERCOSUL: uma breve análise de suas origens à crise atual. **Civitas**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 12, out. 2000.

Com sua queda em 3 de fevereiro de 1989, abriu-se caminho para o ingresso do quarto sócio do MERCOSUL, constituído em 1991, pela assinatura do Tratado de Assunção, entrando em vigor, na condição de uma associação entre Estados, no dia 29 de novembro do mesmo ano⁶⁴.

Contudo, fica evidenciado que o reestabelecimento do processo democrático foi determinante para a formação do MERCOSUL, visto que a cooperação entre Estados que se unem a fim de possibilitar a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas de sua população é favorecida nos governos democráticos em que as liberdades estão asseguradas por um Estado de Direito.

De outro lado, aponta-se que as ditaduras e autocracias são regimes que inviabilizam a efetiva formação de blocos de livre troca comercial, cultural e social, pois as relações de diálogo entre os agentes desse processo devem estar abertas, com base na transparência e liberdades civis, em que os atos do governo possam ser controlados pelo povo, que são os titulares do interesse público e, com o aumento de sua participação nas questões do Estado, refletirá no incremento do processo de integração regional.

A democracia é essencial para a redução das desconfianças e incertezas dos Estados em relação aos demais, facilitando suas relações econômicas, políticas e sociais, objetivadas pela integração regional. Além disso, estando acordada entre os integrantes do bloco regionalizado uma pauta de compromissos com a proteção dos direitos fundamentais, garantidos pelas Constituições nacionais dos Estados-membros, aumenta a pressão entre os países que, para permanecerem no bloco e usufruírem de suas vantagens, devem respeito aos direitos essenciais da pessoa humana, seja qual for a sua nacionalidade.

Além disso, seguindo as lições de Paulo Bonavides, a democracia se enquadra como um direito fundamental de quarta geração e, em sua concretização, reside o futuro da globalização política, a sua legitimidade como princípio e a força incorporadora de seus valores de libertação⁶⁵. Para o destacado constitucionalista, “toda democracia, em geral, é paz e, de outro lado, toda ditadura ao revés é guerra”⁶⁶.

⁶⁴ TREIN, Franklin. MERCOSUL: uma breve análise de suas origens à crise atual. **Civitas**, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 12, out. 2000.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito: direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 572.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, n. 3, p. 93, abr./jul. 2008.

2.3 Os objetivos do bloco e os requisitos para entrada e permanência dos Estados participantes

O MERCOSUL tem como meta a construção de um Mercado Comum entre os seus membros participantes e apresenta os seguintes objetivos, como já referido⁶⁷:

- a) Eliminação das barreiras tarifárias e não-tarifárias no comércio entre os países membros; b) Adoção de uma Tarifa Externa Comum (TEC); c) Coordenação de políticas macroeconômicas; d) Livre comércio de serviços; e) Livre circulação de mão-de-obra; f) Livre circulação de capitais.

Os autores Florêncio e Araújo⁶⁸ examinam cada um desses objetivos, iniciando pela eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias, sendo essa uma característica essencial do processo de integração, onde, desde 31 de dezembro de 1994, cada Estado-Parte poderá importar produtos de outro integrante da zona sem pagar tarifas. Essa vantagem recebe a denominação de Preferência Tarifária ou Margem em Preferência.

O segundo objetivo arrolado é a implantação da Tarifa Externa Comum, também concretizada em 31 de dezembro de 1994, prevendo que, quando da importação de algum produto proveniente de terceiro Estado, portanto fora do MERCOSUL, este ficará sujeito à mesma alíquota tarifária nos quatro países membros e, assim, somado com o objetivo anteriormente mencionado, contudo, em que pese ser de fundamental importância para o mercado comum, a União Aduaneira até o momento não está consolidada⁶⁹.

A coordenação de políticas macroeconômicas, o terceiro objetivo do bloco, está relacionada ao controle em três esferas: política cambial (taxa de câmbio da moeda nacional em relação ao dólar ou a um padrão de referência externo), a política monetária (taxa de juros e quantidade de moeda a ser emitida) e a política fiscal (controle dos recursos a serem arrecadados e gastos pelo Estado). Esse controle permite, por exemplo, evitar

⁶⁷ FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **MERCOSUL hoje**. São Paulo: Alfa-Omega, 1998. p. 29.

⁶⁸ FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **MERCOSUL hoje**. São Paulo: Alfa-Omega, 1998. p. 29.

⁶⁹ FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **MERCOSUL hoje**. São Paulo: Alfa-Omega, 1998. p. 30.

desvalorização competitiva da moeda dos parceiros, contudo, o processo de implantação de sua efetividade é lento, pois implica limitação da soberania de cada país na condução de sua política econômica⁷⁰.

Outro objetivo do bloco é a busca da liberação do comércio de serviços⁷¹, ou seja, a prestação de serviços, que foi ganhando importância desde o tratado constitutivo do GATT, transformado posteriormente na OMC. Com isso, busca-se a eliminação das leis, normas e regulamentações nacionais que discriminem o fornecedor de serviços estrangeiro, a fim de garantir a livre circulação.

Diferente da livre circulação de serviços, outro objetivo do bloco é a livre circulação de trabalhadores entre os países integrantes do MERCOSUL, mas, para que isso seja possível, é necessária uma harmonização entre as legislações trabalhistas e previdenciárias dos participantes, bem como o envolvimento e a participação nesse processo de representantes dos empregadores e trabalhadores⁷².

Já a livre circulação de capitais conta com a participação de investidores dos países do bloco e tem o objetivo de facilitar os fluxos de capital; contudo, possíveis crises econômicas mundiais acabam por brechar o avanço desse movimento. Apesar do objetivo da liberação dos fluxos de capital, há uma tendência de maior controle do fluxo especulativo e, de outro lado, facilitar o fluxo de capitais produtivos⁷³.

2.4 As cláusulas democráticas e os Protocolos de Ushuaia I e II

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, ocorre uma mudança de paradigma nas relações internacionais que passam a construir novo ambiente de mútua cooperação e pela relativização do conceito de soberania,

⁷⁰ FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **MERCOSUL hoje**. São Paulo: Alfa-Omega, 1998. p. 30.

⁷¹ Em 1997 foi firmado o Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços do MERCOSUL prevendo normas e princípios para o comércio de serviços entre os Estados Partes do MERCOSUL, com vistas a expansão do comércio em condições de transparência, equilíbrio e liberalização progressiva. PROTOCOLO de Montevideu sobre o comércio de serviços do Mercosul. Buenos Aires, 1998. Disponível em: http://www.sgt4.mercosur.int/es-es/Documents/Protocolo_de_Montevideo.pdf. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁷² FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **MERCOSUL hoje**. São Paulo: Alfa-Omega, 1998. p. 33.

⁷³ FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **MERCOSUL hoje**. São Paulo: Alfa-Omega, 1998. p. 33-34.

destacando-se: a ascensão e a multiplicação das organizações internacionais, a intensificação dos processos regionais de integração política e econômica e a luta pela democracia, evidenciada pelo interesse e esforço comum da sociedade internacional na implantação e consolidação da democracia em diversos países e regiões do mundo⁷⁴.

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU, 1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), houve uma grande ascensão da democracia e dos esforços internacionais pela implementação de regimes democráticos no mundo, consagrando a democracia como um ambiente fundamental para a proteção e realização efetiva dos direitos humanos⁷⁵.

Segundo a ONU, a democracia é um ideal reconhecido universalmente e um de seus valores fundamentais, valores estes que estão “incorporados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e mais desenvolvidos no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos que consagra um conjunto de direitos políticos e liberdades civis que sustenta a democracia”⁷⁶.

Hodiernamente, a maioria dos países no mundo são membros de, pelo menos, uma organização internacional, intensificando-se os processos de integração regional com a criação de blocos econômicos, ocasionando o surgimento das organizações de integração regional. No continente americano, há hoje inúmeras organizações internacionais de cooperação política e econômica, tais como a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Comunidade de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), a União das Nações Sul-americanas (UNASUL), a Alternativa Bolivariana para as

⁷⁴ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no continente americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 89-90.

⁷⁵ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no continente americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 91.

⁷⁶ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no continente americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 99.

Américas (ALBA), o Acordo de Cooperação Energética (PETROCARI-BE), a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), o Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), a Organização dos Estados Centro- Americanos (ODECA), o Mercado Comum Centro-Americano (MCCA), a Mercado Comum e Comunidade do Caribe (CARICOM), a North American Free Trade Agreement (NAFTA) e o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), sendo uma característica comum entre a grande maioria dessas a exigência de regimes democráticos como condição para o ingresso, permanência e plena participação em seus órgãos e atividades (condicionalidade democrática)⁷⁷.

Com isso, a democracia perante os blocos é identificada como um princípio supremo, fundamental à estabilidade política, à paz e ao desenvolvimento dos países e dos processos de integração do continente americano, bem como para a proteção dos direitos humanos nas Américas. Nesse contexto é que surgem as chamadas cláusulas democráticas, pelo que destacamos sua presença em instrumentos jurídicos internacionais em três importantes organizações do continente americano: a OEA, o MERCOSUL e a UNASUL. Segundo Pereira, as cláusulas democráticas são definidas como⁷⁸:

Um conjunto de normas (regras e princípios), previstas em tratados internacionais, que têm por finalidade obrigar os Estados Partes à adoção, respeito, promoção e defesa da democracia e dos direitos humanos fundamentais consagrados em tratados internacionais e em suas próprias Constituições, sob pena de lhes serem aplicadas sanções que importarão na supressão ou restrição dos direitos e prerrogativas que possuem no âmbito de seus respectivos espaços institucionais de integração regional.

⁷⁷ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no Continente Americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 99-100.

⁷⁸ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no Continente Americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 112-113.

A autora mexicana Ana Covarrubias Velasco discorre sobre a importância das cláusulas democráticas nas relações internacionais, enfatizando-as como instrumentos de pressão nos países destinados a promover a democracia, condicionando qualquer tipo de auxílio, ajuda e relações comerciais ao cumprimento de uma série de requisitos que definam o seu regime democrático⁷⁹:

A cláusula democrática é essencialmente entendida como a capacidade de um ou mais atores internacionais, sejam países ou instituições, para condicionar qualquer tipo de ajuda ou apoio, e até mesmo relações diplomáticas ou comerciais no caso de países, que o Estado receptor cumpre com uma série de requisitos que definem o seu regime como democrático. Esta cláusula é mais uma ferramenta para a promoção da democracia, sempre acompanhada pela proteção dos direitos humanos. Do ponto de vista extremo, sem sutilezas, é uma forma de pressão nas relações internacionais⁸⁰.

Quanto à presença das cláusulas democráticas nos instrumentos jurídicos na América Latina, destaca-se o Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos (Protocolo de Washington), firmado em 1992, introduzindo na Carta da OEA um dispositivo sobre o tema (artigo 9^o). A referida cláusula é aplicada em caso de eventuais Golpes de Estado nos países-membros da OEA, possibilitando a aplicação de penalidade de suspensão ao país sobre o exercício do direito de participação nas

⁷⁹ VELASCO, Ana Covarrubias. La cláusula democrática. **Revista Mexicana de Política Exterior**, [S.l.], n. 62-63, p. 63-77, nov./jun. 2000-2001. Disponível em: <https://Revistadigital.Sre.Gob.Mx/Images/Stories/ Numeros/ N62-63/Covarrubias.Pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

⁸⁰ Texto original: La cláusula democrática se entiende esencialmente como la facultad que tienen uno o varios actores Internacionales, ya sean países o Instituciones, para condicionar cualquier tipo de ayuda o apoyo, e Incluso relaciones diplomáticas o comerciales en el caso de los países, a que el Estado receptor cumpla con una serie de requisitos que definen su régimen como democrático. Dicha cláusula es una herramienta más para la promoción de la democracia, siempre acompañada de la protección de los derechos humanos. Desde un punto de vista extremo, sin sutilezas, se trata de una forma de presión en las relaciones Internacionales (tradução nossa). VELASCO, Ana Covarrubias. La cláusula democrática. **Revista Mexicana de Política Exterior**, [S.l.], n. 62-63, p. 63-77, nov./jun. 2000-2001. Disponível em: <https://Revistadigital.Sre.Gob.Mx/Images/Stories/ Numeros/ N62-63/Covarrubias.Pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

sessões da Assembleia Geral, da Reunião de Consulta dos Conselhos da Organização e das Conferências Especializadas, e outras atividades⁸¹.

O Tratado Constitutivo da UNASUL⁸² foi assinado em 23 de maio de 2008, tendo como participantes Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Chile, Guiana, Suriname e Venezuela, sendo Panamá e México membros observadores, tendo como objetivo principal propiciar a integração entre os países da América do Sul. Em 26 de novembro de 2010, foi assinado o Protocolo Adicional ao Tratado Constitutivo da Unasul sobre Compromisso com a Democracia, com a previsão de que, havendo ameaça ou a concretização da ruptura da ordem democrática, violação da ordem constitucional, ou mesmo, que se ponha em risco o legítimo exercício do poder e a vigência dos valores e princípios democráticos (artigo 1º), podendo o violador sofrer desde suspensão até sanções políticas e diplomáticas dos outros participantes (artigo 4º).

No ano posterior à assinatura do Tratado de Assunção, os presidentes dos Estados-Partes do MERCOSUL, reunidos na cidade de Las Leñas, na Argentina, assinaram, em 27 de junho de 1992, uma declaração (Declaração de Las Leñas), estipulando que a plena vigência das instituições democráticas seria condição indispensável para a existência e o desenvolvimento do MERCOSUL, assumindo a necessidade de estabelecimento de uma cláusula de garantia democrática⁸³.

No ano de 1996, foi firmada, em São Luís (Argentina), a Declaração Política entre os Estados-Partes do MERCOSUL, criando Mecanismo de Consulta e Concertação Política (MCCP), objetivando se posicionar so-

⁸¹ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no Continente Americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 114-115.

⁸² PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no Continente Americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 119.

⁸³ SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Democracia, crise política e os fundamentos da cláusula democrática. In: SCHEIDT, Eduardo; JUAN, Luis Gutierrez San; ARAÚJO, Elian. **Integração na América Latina: a história, a economia e o direito**. Jundiaí: Paco, 2014. v. 2, p. 20-21.

bre questões internacionais de interesse comum. Na mesma oportunidade, foi firmada a Declaração Presidencial sobre Diálogo Político e Compromisso Democrático com o objetivo de reforçar o ambiente democrático e instituir o mecanismo de consulta, na hipótese de ruptura ou ameaça ao processo de integração⁸⁴.

No âmbito do MERCOSUL, de forma a consolidar o conteúdo das Declarações anteriores, em 24 de julho de 1998, foi firmado o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile, tendo como participantes os Estados do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai, Bolívia e Chile. Este tratado reafirma o compromisso democrático dos países da região e fixa que a plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os Estados-Partes do MERCOSUL. Com isso, compreende-se que a existência e o funcionamento das instituições democráticas seriam elementos condicionantes do Estado Democrático de Direito⁸⁵.

O Protocolo de Ushuaia é considerado a primeira grande norma jurídico-política desse processo de integração, ao regulamentar matéria de manutenção de compromisso democrático, expressando adesões formais ao Compromisso Democrático no MERCOSUL iniciado na Declaração Presidencial em San Luís, enquanto condição essencial para a continuidade do processo de integração no Cone Sul⁸⁶.

A redemocratização, após longo período de ditaduras militares na América do Sul, foi essencial para que fosse viabilizada a união de forças que originaram o MERCOSUL, sendo que a cláusula democrática prevista no Protocolo de Ushuaia teve o objetivo de reforçar esse compromisso fundamental, visando preservar, nos países participantes, a manutenção do

⁸⁴ SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Democracia, crise política e os fundamentos da cláusula democrática. In: SCHEIDT, Eduardo; JUAN, Luis Gutierrez San; ARAÚJO, Elian. **Integração na América Latina: a história, a economia e o direito**. Jundiaí: Paco, 2014. v. 2, p. 21.

⁸⁵ RIBEIRO NETO, Clarissa Correa; DIZ, Jamile BergamaschIne Mata. A situação do Paraguai no contexto do MERCOSUL: a integração sul-americana a partir de uma concepção democrática. In: DIREITO Internacional. 1. ed. Florianópolis: FUNJAB/CONPEDI, 2014. p. 05.

⁸⁶ SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Democracia, crise política e os fundamentos da cláusula democrática. In: SCHEIDT, Eduardo; JUAN, Luis Gutierrez San; ARAÚJO, Elian. **Integração na América Latina: a história, a economia e o direito**. Jundiaí: Paco, 2014. v. 2, p. 22.

sistema democrático de governo que, sem dúvida, é o esteio dos objetivos e subsistência do bloco⁸⁷.

O tratado assinado em Ushuaia reafirma os compromissos democráticos dos países integrantes do MERCOSUL, somados de Chile e Bolívia, materializando juridicamente essa pretensão conjunta, estabelecendo um texto normativo, estipulando obrigações e prevendo severas sanções para o caso de descumprimento.

No primeiro dispositivo do Protocolo, o elemento central da normativa indica que a vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos processos de integração entre os países signatários, em que pese não haver elementos que indiquem as situações de fato e de direito que se consideram mantidas ou não à vigência das instituições democráticas, bem como qual a espécie de democracia que está se tratando e quando ela pode ser considerada violada (artigo 1º)⁸⁸.

Na mesma esteira, o artigo 2º contém previsão de que se aplicará às relações que decorram dos respectivos Acordos de Integração, no caso de ruptura da ordem democrática em algum deles; entretanto, igualmente o artigo 1º não descreve uma definição de democracia e ordem democrática⁸⁹.

Os dispositivos subsequentes do Protocolo de Ushuaia, de forma simples e genérica, preveem a possibilidade de que, por consenso dos demais membros, após consulta ao Estado considerado violador das instituições democráticas, considerarão a natureza e o alcance das medidas a serem aplicadas, levando em conta a gravidade da situação existente, podendo aplicar a suspensão do direito de participar dos diferentes órgãos dos respectivos processos de integração até a suspensão dos direitos e obrigações resultantes desses processos⁹⁰.

⁸⁷ MONTE, Deborah Silva do; ANASTASIA, Fátima. Cláusula democrática do Mercosul: indefinição conceitual e uso estratégico. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 25, n. 62, p. 11, jun. 2017.

⁸⁸ BRASIL. **Decreto nº 4.210, de 24 de abril de 2002**. Promulga o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4210.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁸⁹ BRASIL. **Decreto nº 4.210, de 24 de abril de 2002**. Promulga o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4210.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁹⁰ BRASIL. **Decreto nº 4.210, de 24 de abril de 2002**. Promulga o Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4210.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

Em que pese se reconheça o avanço para o bloco do MERCOSUL e seus objetivos se firmarem em um tratado com dispositivos expressos sobre a necessidade de manutenção do sistema democrático, prevendo sanções para o descumprimento, é preciso reconhecer que a timidez conceitual e estrutural dos dispositivos que tratam do instituto da democracia poderá trazer mais prejuízos do que benefícios ao bloco, caso a cláusula democrática seja mal aplicada.

Por sua vez, o Protocolo de Montevideu sobre Compromisso com a Democracia no MERCOSUL (Protocolo de Ushuaia II) foi firmado em 2011 pela Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela, constituindo-se num aperfeiçoamento de seu antecessor, prevendo sua incidência nos casos de ruptura ou ameaça de ruptura da ordem democrática, de uma violação da ordem constitucional ou de qualquer situação que ponha em risco o legítimo exercício do poder e a vigência dos valores e princípios democráticos (art. 1^a)⁹¹.

Esse documento visa preencher um vácuo jurídico⁹² deixado pelas cláusulas abertas do Protocolo anterior, estabelecendo textualmente e de maneira exemplificativa as medidas que poderão ser tomadas em caso de ruptura ou ameaça de ruptura da ordem democrática do Estado-Parte.

Além da suspensão do direito de participação nos diferentes órgãos da estrutura institucional do MERCOSUL, houve no novo tratado a previsão da possibilidade de fechamento, de forma total ou parcial, das fronteiras terrestres, da suspensão ou limitação do comércio, do tráfego aéreo e marítimo, das comunicações e do fornecimento de energia, dos serviços e abastecimento⁹³. Além disso, está prevista a possibilidade de pro-

⁹¹ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no continente americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 116.

⁹² PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no continente americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 118.

⁹³ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no continente americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. *Resenha Eleitoral (Florianópolis)*, v. 22, n. 1-2, p. 189-228, 2018

mover a suspensão da Parte afetada no âmbito de outras organizações regionais e internacionais e adotar sanções políticas e diplomáticas adicionais (artigo 6^o).

Apesar do Protocolo de Ushuaia II ser um avanço em relação ao primeiro, o mesmo ainda não teve sua vigência iniciada, devido à não ratificação de todos os Estados-partes supramencionados⁹⁴.

Em que pese o conteúdo do texto do tratado deixar salvaguardar a proteção dos princípios inerentes à democracia e à plena vigência das instituições democráticas, não houve evolução do texto para sanar a indeterminação das cláusulas gerais do protocolo anterior. Assim, mantendo-se as cláusulas gerais, abre-se a possibilidade de interpretação discricionária do que seja um regime democrático, permitindo-se que, na aplicação da severa penalidade de suspensão de um Estado do bloco, possam esconder motivos de interesses dos mais diversos, muitas vezes azeitados pela dinâmica de políticas regionais, interesses econômicos individuais ou divergências ideológicas, principalmente quando há troca de governos na região⁹⁵.

2.5 O compromisso democrático na União Europeia e sua comparação com o MERCOSUL

A Europa, desde que iniciou seu processo de integração, após a devastação do continente, ocasionada pela Segunda Guerra Mundial, sempre teve no compromisso democrático uma preocupação, principalmente se levar-se em conta que os seis países que inauguraram esse processo, Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos, estavam arrasados economicamente após o imenso conflito bélico⁹⁶.

Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 118.

⁹⁴ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A promoção e a proteção da democracia no continente americano: reflexões sobre as organizações de integração regional e as cláusulas democráticas. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso (org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016. p. 118.

⁹⁵ RIBEIRO NETO, Clarissa Correa; DIZ, Jamile BergamaschIne Mata. A situação do Paraguai no contexto do MERCOSUL: a integração sul-americana a partir de uma concepção democrática. In: DIREITO internacional.1. ed. Florianópolis: FUNJAB/CONPEDI, 2014.

⁹⁶ CUNHA, Débora Coutinho; MARTINS, Fernanda de Castro Brandão. A União Europeia e a promoção do modelo liberal-democrático: a atuação no sul e leste da Europa e novos desafios. **Revista de Estudos Internacionais**, [S.l.], v. 8, p. 221, 2017.

Assim, durante a década de 1950, havia grande interesse na construção de vínculos institucionais que promovessem, além da reconstrução dos países e de suas economias, uma estabilidade na região, apostando na manutenção de instituições democráticas como sistema de governo⁹⁷.

Contudo, a previsão de cláusulas democráticas nos tratados entre os países interessados em aderir ao bloco econômico, bem como para a permanência no mesmo não ocorreu de uma vez só e, sim, foi sendo incluída gradualmente no decorrer do tempo⁹⁸.

Somente a partir dos anos 1960, com o interesse na adesão no processo de integração da Grécia, Portugal e Espanha, houve uma preocupação mais evidente com a exigência acerca do respeito à democracia, já que esses países enfrentavam graves crises políticas e institucionais⁹⁹.

Assim, apenas com a transição democrática, esses países puderam aceder às Comunidades, em um processo que se prolongou por quase duas décadas e se realizou com assistência do bloco. Como resultado, o Ato Único Europeu, assinado em 1986, incluiu, pela primeira vez, referências explícitas à democracia em seu Preâmbulo, afirmando a determinação dos países-membros em trabalhar para a promoção da democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos em suas constituições¹⁰⁰.

No ano de 1992, o Tratado de Maastricht, documento de criação da União Europeia, foi expresso no sentido de prever que o bloco estaria aberto à adesão de qualquer Estado europeu que respeitasse os princípios da liberdade, democracia, direitos humanos e liberdades fundamentais e o Estado de Direito. Após isso, os países que desejassem aderir ao bloco devem atender os critérios de Copenhague, estabelecidos em 1993 pelo Conselho Europeu de Copenhague e reforçados pelo Conselho Europeu

⁹⁷ CUNHA, Débora Coutinho; MARTINS, Fernanda de Castro Brandão. A União Europeia e a promoção do modelo liberal-democrático: a atuação no sul e leste da Europa e novos desafios. **Revista de Estudos Internacionais**, [S.l.], v. 8, p. 223, 2017.

⁹⁸ CUNHA, Débora Coutinho; MARTINS, Fernanda de Castro Brandão. A União Europeia e a promoção do modelo liberal-democrático: a atuação no sul e leste da Europa e novos desafios. **Revista de Estudos Internacionais**, [S.l.], v. 8, p. 224, 2017

⁹⁹ CUNHA, Débora Coutinho; MARTINS, Fernanda de Castro Brandão. A União Europeia e a promoção do modelo liberal-democrático: a atuação no sul e leste da Europa e novos desafios. **Revista de Estudos Internacionais**, [S.l.], v. 8, p. 224, 2017.

¹⁰⁰ CUNHA, Débora Coutinho; MARTINS, Fernanda de Castro Brandão. A União Europeia e a promoção do modelo liberal-democrático: a atuação no sul e leste da Europa e novos desafios. **Revista de Estudos Internacionais**, [S.l.], v. 8, p. 224, 2017.

de Madri, em 1995. Em 1997, o Tratado de Amsterdã complementou esse arcabouço normativo ao formalizar a cláusula democrática para o bloco da União Europeia¹⁰¹.

Por sua vez, o Tratado de Amsterdã contém a previsão de que a União Europeia se assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros. Além disto, expressa o seu compromisso com o desenvolvimento e o reforço da democracia e do Estado de direito, bem como com o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais¹⁰².

Finalmente, em 2009, foi aprovado o Tratado de Lisboa que, na mesma linha dos tratados anteriores firmados no âmbito da União Europeia, manteve-se firme nos propósitos democráticos do bloco, reforçando o compromisso com a manutenção de seus princípios fundamentais e respeito à democracia¹⁰³.

Apesar da previsão de cláusula democrática, principalmente nos Tratados de Amsterdã e Lisboa, o fato é que, se compararmos com a cláusula democrática prevista para o MERCOSUL, no Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile, ambas em pouco se diferem no sentido de também não haver uma definição do que seja democracia, permitindo igualmente que o país considerado violador do compromisso democrático possa sofrer suspensão em seus direitos e obrigações como Estado-Membro da União Europeia.

Assim, o presente trabalho se faz importante pela busca de se propor a estipulação de balizas caracterizadoras do compromisso democrático, definindo claramente os seus elementos, pressupostos e a sua extensão daquilo que se entenderá por democracia, possibilitando aos países signatários

¹⁰¹ CUNHA, Débora Coutinho; MARTINS, Fernanda de Castro Brandão. A União Europeia e a promoção do modelo liberal-democrático: a atuação no sul e leste da Europa e novos desafios. **Revista de Estudos Internacionais**, [S.l.], v. 8, p. 224, 2017.

¹⁰² UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Amsterdã**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1997. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf. Acesso em: 20 jul. 2018.

¹⁰³ ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. **Tratado de Lisboa**. Lisboa: Assembleia da República, mar. 2008. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em: 20 jul. 2018.

dos tratados que preveem cláusulas democráticas, no caso o Protocolo de Ushuaia, não serem surpreendidos com penalidades incorretas e injustas com base na discricionariedade de cláusulas gerais e indeterminadas, proporcionando um ambiente de desconfiança e desarmonização entre os participantes.

3 Considerações finais

Como verificou-se no itinerário histórico/jurídico realizado no presente texto, observa-se que o processo de integração na América Latina é intentado a partir do processo de formação dos Estados Nações a partir do processo de descolonização latino-americano. Os povos dessa região tinham em comum questões culturais, religiosas, étnicas, além do subdesenvolvimento econômico e social.

Como visto, Simon Bolívar se destacou entre aqueles que tentavam a integração dos povos sul-americanos. Em que pese não obter imediato êxito em seu ideal, deu um passo importante para a evolução do processo de integração que, até nos dias atuais, ainda não tenha atingido plena consolidação.

Ao longo dos séculos XIX e XX, foram várias as tentativas de integração entre as nações sul-americanas. Contudo, sempre houve dificuldades para atingir seu intento, devido aos interesses econômicos das nações desenvolvidas europeias, de modo especial, a Inglaterra, e por vezes pela influência dos EUA, que preferiam negociar individualmente com cada país, ao invés de fazê-lo com um bloco econômico forte.

No entanto, a partir das décadas de 80 e 90, com a redemocratização na América do Sul, após longo período de ditaduras militares, conseguiu-se avançar na política de integração na região pelo reestabelecimento da mútua confiança entre os Estados vizinhos.

O surgimento do MERCOSUL evidenciou que o processo democrático foi determinante para sua formação, oportunizando-se a cooperação entre Estados que se uniram a fim de possibilitar a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas de sua população.

Com isso, restou evidenciado que a democracia perante os blocos, principalmente o MERCOSUL, é identificada como um princípio supremo, fundamental à estabilidade política, à paz e ao desenvolvimento dos países e dos processos de integração do continente americano, bem como para a

proteção dos direitos humanos nas Américas, e nesse contexto é que surgiram as chamadas cláusulas democráticas no continente Latino-Americano, presentes em instrumentos jurídicos internacionais importantes, como: a OEA, o MERCOSUL e a UNASUL.

Entretanto, a questão preocupante é o fato que as cláusulas democráticas estão sendo elaboradas tecnicamente na forma de cláusulas gerais e indeterminadas, abrindo-se à possibilidade de interpretação discricionária do que seja um regime democrático, permitindo que, na aplicação da severa penalidade de suspensão de um Estado do bloco, possam esconder motivos de interesses dos mais diversos, muitas vezes azeitados pela dinâmica de políticas regionais, interesses econômicos individuais ou divergências ideológicas, principalmente quando há troca de governos na região.

Comparativamente com a União Europeia, vimos que a previsão de cláusula democrática, principalmente nos Tratado de Amsterdã e Lisboa, pouco se difere da cláusula democrática prevista para o MERCOSUL, no Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile, pois em ambas não há uma definição do que seja democracia.

Desta feita, o presente trabalho buscou estabelecer uma reflexão acerca da democracia, como fundamento da integração no MERCOSUL, e a estipulação de cláusulas democráticas. Além disto, apontou a necessidade de estipulação de balizas caracterizadoras do compromisso democrático, definindo claramente elementos, pressupostos e extensão.

Assim, o desenvolvimento de cláusulas democráticas com uma definição clara do que se entende por democracia possibilitará aos países signatários dos tratados internacionais, no caso o Protocolo de Ushuaia, não serem surpreendidos com penalidades incorretas e injustas com base na discricionariedade de cláusulas gerais e indeterminadas, além do fato que prejudica a mútua confiança entre os participantes do bloco, afastando-se do objetivo da plena consolidação do MERCOSUL.

Referências

AMORIM, Celso. A Integração Sul-Americana. Diplomacia, Estratégia e Política. **Projeto Raúl Prebisch** n. 10 (outubro/dezembro 2009) – Brasília. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito: direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. p. 93. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**. n. 3, abr./jul. 2008.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos Desumanizantes e Violação Seletiva de Direitos Humanos sob a Lógica da Colonialidade. **Quaestio Iuris**. vol.09, nº. 04, Rio de Janeiro, p. 1812, 2016.

BRANT, Leonardo Nemer C. (coord.); REIS, Oswaldo Dehon Roque. As Origens do **MERCOSUL**, A Construção da Ordem Política no Cone Sul. Curitiba: Editora Juruá. 2012.

BRANDÃO, Antônio Salazar P.; PEREIRA, Lia Valls (org). **MERCOSUL** – perspectivas da integração. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas. 1996.

BUGIATO, Caio Martins. **Revista de Iniciação Científica da FFC**, v. 7, n. 2, p. 126-139, 2007.

DATHEIN, Ricardo. MERCOSUL: antecedentes, origem e desempenho recente. **Revista de Economia**, Curitiba, Editora UFPR. v. 31, n. 1(29), p. 7-40, jan./jun. 2005.

DONGHI, Túlio Halperin. **História da América Latina**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 1975.

FERREIRA, Carlos Serrano; VIEIRA, Wilson. A construção da nação na América Latina, um processo interrompido: bloqueios internos e externos. **PLURAL**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v.24.2, p.38-64, 2017.

FIGUEIREDO, Alexandre Ganan de Brites; BRAGA, Márcio Bobik. Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica Rio de Janeiro**, vol. 9, n. 2, p. 308-329, maio/ago. 2017.

FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **MERCOSUL hoje**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1998.

FREIXO, Adriano; RISTOFF, Taís. Democracia e integração regional: a experiência do MERCOSUL. **Agenda Social**, Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF), v. 1, p. 32-47, 2008.

GOMES, Eduardo Biacchi; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso. (Org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016.

MARQUES, Fabrício R.; CRUZ, Luís Rodolfo. Creuz/Marcelo Driusso — **Cadernos PROLAM/USP** (Ano 9 — Vol. 2 — 2010).

MENDES, Ricardo Antonio Souza. Ditaduras civil-militares no Cone Sul e a Doutrina de Segurança Nacional – algumas considerações sobre a Historiografia, **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 5, n. 10, a. 2013.

PABST, Haroldo. **MERCOSUL Direito da Integração**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1997.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. A Promoção e a Proteção da Democracia no Continente Americano: Reflexões Sobre as Organizações de Integração Regional e as Cláusulas Democráticas. In: GOMES, Eduardo Biacchi; XAVIER, Fernando César Costa; SQUEFF, Tatiana de A. F. Rodrigues Cardoso. (Org.). **Golpes de Estado na América Latina e a cláusula democrática**. Curitiba: Editora Instituto Memória, 2016.

RIBEIRO, Antônio Carlos; ANDRADE, Mayra Thaís Silva. A Construção da Democracia Regional no Processo de Integração Desenvolvido no MERCOSUL. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 31, n. 1: 9-34, jan./jun. 2015.

RIBEIRO, Clarissa Correa Neto. DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. **A Situação do Paraguai no Contexto do MERCOSUL: A Integração Sul-Americana a Partir de Uma Concepção Democrática**. Direito internacional I. 1. ed. Florianópolis: FUNJAB/CONPEDI, 2014.

SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Democracia, Crise Política e os Fundamentos da Cláusula Democrática. In: SCHEIDT, Eduardo; JUAN, Luis Gutierrez San; ARAÚJO, Elian. **Integração na América Latina: a História, a Economia e o Direito** – vol. 2, Jundiá: Paco Editorial. 2014.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**. São Paulo: Ática, 1994.

SCOTTI, Luciana B.; **Derecho de La Integración**. 3. ed. Editorial Bdef Montevideo - Buenos Aires, 2018.

SOUZA, Nilson Araújo de. América Latina: as ondas da integração. **Revista Oikos**, Rio de Janeiro, Volume 11, n. 1, ano 2012, www.revistaoikos.org.

TREIN, Franklin. MERCOSUL - Uma breve análise de suas origens à crise atual. **Civitas** - Revista de Ciências Sociais. Ano 1, nº 1, outubro 2000.

VELASCO, Ana Covarrubias. La cláusula democrática. **Revista Mexicana de Política Exterior**. Disponível em: <<https://revistadigital.sre.gob.mx/images/stories/numeros/n62-63/covarrubias.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

VIEIRA, Luciane Klein; JUNIOR, Alberto do Amaral. A Proteção Internacional do Consumidor no MERCOSUL. **Revista de Direito do Consumidor**. RDC. vol. 106 (Julho - Agosto 2016), 2016.

WASSERMAN, Claudia. **História da América Latina**: cinco séculos (temas e problemas). 3. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2010.

ZANETTI, Augusto. **O MERCOSUL – Dimensões do Processo de Integração na América do Sul**. São Paulo: Editora Claridade, 2015.

Normas consultadas

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm. Acesso em: 09 jul. 2018.

http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/Tratado%20e%20Protocolos/1998_PROTOCOLO%20DE%20USHUAIA-Compromiso%20democr%C3%A1tico_port.pdf . Acesso em: 14 jul. 2018.

<http://www.oas.org/sap/peacefund/VirtualLibrary/CongressofLima1847/Treaty/TratadoConfederacionPeruBolíviaChileEcuadorNuevaGranada.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

http://www.sgt4.mercosur.int/es-es/Documents/Protocolo_de_Montevideo.pdf Acesso em: 14 jul. 2018.

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 14 jul. 2018.

https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf Acesso em: 14 jul. 2018.

https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em: 14 jul. 2018.

Carlos Alberto Moraes - Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Especialista em Direito Público pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professor de Direito Administrativo na Universidade do Alto Vale do Itajaí (Unidavi).



SEGUNDA SEÇÃO

**RESENHAS DA
RESENHA**

RESENHA ELEITORAL

Segunda Seção

Resenhas da Resenha

Revisão de resenhas

Monique Pítsica Tambosi (TRE-SC)

Rafael Antonio Costa (TRE-PR)

Sheila Brito de Los Santos (TRE-SC)

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ANO ELEITORAL: RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEGISLAÇÃO E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Marcus Cléo Garcia

Resumo: No intuito de impedir o desequilíbrio na disputa eleitoral decorrente do desvio de finalidade na utilização de bens e recursos pertencentes ao Estado, o legislador fixou inúmeras restrições ao agir dos agentes públicos no ano das eleições, detalhadamente descritas no art. 73 da Lei n. 9.504/1997, as quais, caso desrespeitadas, sujeitam o infrator e os beneficiados pela prática ilícita ao pagamento de multa e, em situações mais graves, à cassação do mandato eletivo. Entre as vedações mais relevantes, está a proibição de “nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade do pleito”³. O fundamento principiológico que constitui a razão de ser de referida vedação e, por conseguinte, o interesse público que busca proteger é, ao fim e ao cabo, preservar a igualdade entre os candidatos em face do uso abusivo do poder político. É preciso ponderar, contudo, que a prestação de serviços públicos de qualidade e de forma contínua, especialmente em áreas sensíveis como a educação, saúde e segurança, também constitui interesse público de semelhante importância. No intuito de compatibilizar esses anseios sociais e evitar a paralisação da atividade administrativa durante o período eleitoral, foram previstas algumas exceções à referida vedação legal, entre as quais a possibilidade de “nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo”⁴. Embora a permissão prevista pela norma não suscite dúvidas, a interpretação do conceito “serviço público essencial e inadiável” nela inserido tem alimentado relevantes discussões jurisprudenciais. Nesse sentido, os operadores do direito tem tentado, num primeiro momento, indicar quais deveriam ser os serviços públicos considerados essenciais? E se seria impositivo estabelecer alguma diferenciação para fins eleitorais? No segundo momento, o embate de ideias se volta para os elementos configuradores do pressuposto da inadiabilidade da prestação desse tipo de serviço público. Ao se debruçar sobre essas questões, o Tribunal Superior Eleitoral firmou posição jurisprudencial bastante restritiva a respeito da matéria. Impelida a dirimir semelhantes indagações, a Corte Regional Catarinense construiu entendimento diverso, concluindo pela necessidade de emprestar interpretação mais ampla à norma de exceção, especialmente quando considerados os parâmetros estabelecidos pelo legislador constituinte a respeito dos direitos sociais fundamentais. Para melhor elucidar o entrechoque de referidas teses jurisprudenciais, o presente artigo irá expor os fundamentos adotados no Acórdão TRES n. 33.001, de 7.3.2018, da lavra do Juiz César Augusto Mimoso Ruiz Abreu, para contrapor o posicionamento da Corte Superior Eleitoral.

Palavras-chave: Condutas vedadas. Contratação temporária. Serviço público essencial.

³ Lei n. 9.504/1997, art. 73, V, caput.

⁴ Lei n. 9.504/1997, art. 73, V, “d”.

1 Introdução – ementas das decisões sob análise

Como dito, a diretriz jurisprudencial estabelecida na instância superior eleitoral é excessivamente restritiva, no que se refere à contratação temporária pela Administração em anos eleitorais, pois considera serviço público essencial somente aquele de natureza emergencial, “umbilicalmente ligado à sobrevivência, à saúde ou à segurança da população”, a teor da ementa do acórdão paradigma³, a seguir transcrita:

CONDUTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO EM CAMPANHA ELEITORAL. ART. 73, INCISO V, ALÍNEA “D”, DA LEI Nº 9.504/97.

1. Contratação temporária, pela Administração Pública, de professores e demais profissionais da área da educação, motoristas, faxineiros e merendeiras, no período vedado pela lei eleitoral.

2. No caso da alínea “d” do inciso V da Lei nº 9.504/97, só escapa da ilicitude a contratação de pessoal necessária ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais.

3. Em sentido amplo, todo serviço público é essencial ao interesse da coletividade. Já em sentido estrito, essencial é o serviço público emergencial, assim entendido aquele umbilicalmente vinculado à “sobrevivência, saúde ou segurança da população”.

4. A ressalva da alínea “d” do inciso V do art. 73 da Lei nº 9.504/97 só pode ser coerentemente entendida a partir de uma visão estrita da essencialidade do serviço público. Do contrário, restaria inócua a finalidade da lei eleitoral ao vedar certas condutas aos agentes públicos, tendentes a afetar a igualdade de competição no pleito. Daqui resulta não ser a educação um serviço público essencial. Sua eventual descontinuidade, em dado momento, embora acarrete evidentes prejuízos à sociedade, é de ser oportunamente recomposta. Isso por inexistência de dano irreparável à “sobrevivência, saúde ou segurança da população”.

5. Modo de ver as coisas que não faz tábula rasa dos deveres constitucionalmente impostos ao Estado quanto ao desempenho da atividade educacional como um direito de todos. Não cabe, a pretexto do cumprimento da obrigação constitucional de prestação “do serviço”, autorizar contratação exatamente no período crítico do processo eleitoral. A impossibilidade de efetuar contratação de pessoa em quadra eleitoral não obsta o poder público de ofertar, como constitucionalmente fixado, o serviço da educação”.

³ TSE. Recurso Especial Eleitoral n. 27.563. Relator Ministro Ayres Britto, DJ 12 de fev. de 2007.

Por conta dessa interpretação, a Corte Superior Eleitoral tem reprimido todo ajuste provisório firmado no ano da eleição pela Administração para admissão de profissionais na área da educação, sob o fundamento de que não prestam serviço público de natureza essencial.

Nas eleições municipais de 2016, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina adotou posição diametralmente oposta, ao reconhecer a legitimidade de semelhante conduta, desde que comprovada a sua imprescindibilidade para dar continuidade à prestação dos serviços, consoante revela a ementa do referido precedente⁴:

– ELEIÇÕES 2016 – RECURSOS – AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE) – SENTENÇA CONDENATÓRIA COM APLICAÇÃO DE PENALIDADE PECUNIÁRIA PELA PRÁTICA DE CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS DURANTE A CAMPANHA ELEITORAL (LEI N. 9.504/1997, ART. 73, V).

– PRELIMINARES REJEITADAS: (1) INÉPCIA DA INICIAL – PEÇA ACUSATÓRIA DESCREVENDO DIVERSOS ATOS ADMINISTRATIVOS MUNICIPAIS QUE PODERIAM, EM TESE, CONFIGURAR O COMETIMENTO DE ILÍCITOS ELEITORAIS DE RESPONSABILIDADE COMUM, DA COLIGAÇÃO E DOS CANDIDATOS DEMANDADOS – ARGUMENTAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA APTA A TORNAR VIÁVEL O PLENO EXERCÍCIO DA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. (2) ILEGITIMIDADE PASSIVA DA COLIGAÇÃO E DO CANDIDATO AO CARGO DE VICE-PREFEITO – POSSIBILIDADE LEGAL DE IMPOR REPRIMENDA AOS ELEITORALMENTE BENEFICIADOS PELA PRÁTICA DAS CONDUTAS ILÍCITAS PREVISTAS PELO ART. 73, §§ 4º E 8º DA LEI N. 9.504/1997.

– MÉRITO: HIPÓTESE RECURSAL CIRCUNSCRITA À DISCUSSÃO DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS REALIZADAS DURANTE O ANO ELEITORAL PELA GESTÃO DO PREFEITO, CANDIDATO À REELEIÇÃO – CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS ENVOLVENDO 141 PESSOAS, PROFISSIONAIS DAS ÁREAS DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO – EXAME DAS ADMISSÕES E DE SUA ESSENCIALIDADE PARA A CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO A AUTORIZAR O ENQUADRAMENTO NAS EXCEÇÕES LEGAIS

⁴ TRES. Acórdão n. 33.001. Relator Juiz César Augusto Mimoso Ruiz Abreu. DJe de 23 de jul. de 2018.

DO ART. 73, V, “D”, DA LEI N. 9.504/1997 – SINGULARIDADES DO CASO CONCRETO:

(1) ADMISSÃO EMERGENCIAL DE 40 PROFISSIONAIS DA SAÚDE AUTORIZADA POR LEI COMPLEMENTAR APROVADA PELA CÂMARA DE VEREADORES E REALIZADA PARA VIABILIZAR A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO, BEM COMO SUPRIR O AUMENTO DE DEMANDA DE TRABALHO EM LOCAIS ESPECÍFICOS E SUBSTITUIR SERVIDORES EXONERADOS.

(2) EMPREGO DE 89 PROFISSIONAIS, POR TEMPO DETERMINADO, NA ÁREA DA EDUCAÇÃO PARA O FIM DE SUBSTITUIR SERVIDORES EFETIVOS AFASTADOS EM RAZÃO DO GOZO DE LICENÇAS AUTORIZADAS POR LEI, PARA ATENDER O AUMENTO INESPERADO DE DEMANDA E CARÊNCIAS ESPECÍFICAS DE ALUNOS ESPECIAIS.

(3) CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DURANTE O PERÍODO ELEITORAL DE 12 PROFISSIONAIS DA SAÚDE E TAMBÉM DA EDUCAÇÃO PARA SUBSTITUIR SERVIDORES COM CONTRATO DE TRABALHO ENCERRADO – CASOS EM QUE ERA POSSÍVEL PREVER O TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL.

– COMPROVAÇÃO DE QUE A MAIORIA DAS CONTRATAÇÕES OBJETIVARAM GARANTIR A FORÇA DE TRABALHO NECESSÁRIA AO FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS NAS ÁREAS DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO, CONSIDERADAS ESSENCIAIS, INDISTINTAMENTE. INEQUÍVOCA PRESENÇA DOS REQUISITOS DA ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO E DA IMPREVISIBILIDADE DA ESMAGADORA MAIORIA DAS CONTRATAÇÕES, A JUSTIFICAR A EXCEPCIONALIDADE DE QUE TRATA O ART. 73, V, “D”, DA LEI N. 9.504/1997.

– INOBSERVÂNCIA DO REQUISITO DA IMPREVISIBILIDADE EM CONTRATAÇÕES RESIDUAIS QUE, EMBORA NÃO AFASTE A VIOLAÇÃO DA NORMA PROIBITIVA, NÃO REVELA ILÍCITO COM GRAVIDADE SUFICIENTE PARA AFETAR A REGULARIDADE E A LEGITIMIDADE DO PLEITO ELEITORAL. IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE PECUNIÁRIA QUE SE JUSTIFICA PARA O CASO CONCRETO.

– DESPROVIMENTO DO RECURSO DA COLIGAÇÃO REPRESENTANTE E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DOS REPRESENTADOS APENAS PARA DIMINUIR O VALOR DA

MULTA APLICADA – RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE OS REPRESENTADOS PELO ADIMPLEMENTO DA PENALIDADE PECUNIÁRIA.

Em outro julgado, também referente ao pleito de 2016, a Corte catarinense considerou igualmente lícita a contratação realizada no ano eleitoral para a execução de serviços na rede municipal de ensino de forma transitória⁵.

2 Fundamentos fáticos e jurídicos do posicionamento adotado pelo TRESA. Adoção de parâmetros constitucionais respeitantes aos serviços públicos essenciais. Observância da jurisprudência firmada pelo STJ e STF

Na controvérsia dirimida pelo Tribunal Regional Eleitoral, a chefia do Poder Executivo municipal foi acusada da prática de conduta vedada por conta da contratação, no decorrer do ano de 2016, de 42 servidores temporários na área da saúde e outros 99 na da educação, sem a suposta comprovação do excepcional interesse público.

Na sentença, o Juiz Eleitoral reconheceu a essencialidade e a imprevisibilidade dos ajustes administrativos firmados para atender a demanda de pessoal na área da saúde, mas concluiu pela ilicitude das contratações temporárias para fins educacionais, na linha da orientação jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral, o que motivou a imposição de multa pecuniária aos representados.

Em grau recursal, contudo, o Pleno do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina concluiu que a prestação de serviços públicos na área da educação também deveria ser considerada de natureza essencial e, por conseguinte, justificar a incidência da exceção legal em análise.

Ao defender esse posicionamento, o Relator consignou que “o legislador constituinte conferiu à educação o mesmo status reservado à segurança pública e à saúde, ao afirmar, de forma expressa, que representam direitos de todos e dever do Estado (arts. 144 e 205, ambos da CF)”.

⁵ TRESA. Acórdão n. 32786. Relatora Juíza Luísa Hickel Gamba. DJE de 16 de out. de 2017.

Para corroborar essa afirmação, foram indicados precedentes do Superior Tribunal de Justiça⁶ e do Supremo Tribunal Federal⁷, nos quais restou reconhecida a essencialidade dos serviços prestados pela Administração na concretização do direito constitucional à educação.

Também foram apontados julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina afirmando que a prestação de serviços públicos em referida área está abarcada entre os direitos compreendidos no conceito do “mínimo existencial” a ser assegurado pelo Estado a todo cidadão, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana⁸.

No que se refere ao requisito da inadiabilidade da contratação temporária, o Relator adotou como elemento distintivo o conceito de imprevisibilidade, o qual, nas suas palavras, “deve ser entendido como a comprovação da ocorrência de contingência, de caráter transitório, que não poderia ser prevista pelo gestor público”.

Em razão disso – e somente por essa razão –, algumas das admissões temporárias foram consideradas ilícitas pelo Relator, pois as situações fáticas invocadas para justificá-las não demonstravam a necessidade premente e inadiável exigida para a incidência da ressalva legal.

Como consequência, o recurso foi parcialmente provido para reduzir a multa aplicada, já que a grande maioria das contratações realizadas na área da educação, inicialmente consideradas ilícitas pelo Juiz Eleitoral, acabaram sendo admitidas como legítimas pelo Tribunal.

Embora nesse ponto específico, os Juízes da Corte Regional tenham discordado quanto à imprescindibilidade de algumas contratações temporárias, as divergências foram bastante pontuais, decorrentes das peculiaridades do caso concreto, mais precisamente quanto aos motivos invocados pela gestão municipal em determinadas situações.

Ao final, o entendimento firmado, de forma unânime, foi o de que os serviços públicos relacionados à área da educação são essenciais e, por essa razão, admitem a contratação temporária no ano da eleição, sempre que comprovada a sua necessidade inadiável.

⁶ STJ. Recurso Especial n. 104.1197/MS. Relator Ministro Humberto Martins. DJe de 16 de set. de 2009.

⁷ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3247. Relatora Ministra Cármen Lúcia. DJe de 26 de mar. de 2014.

⁸ TJSC. Apelação Cível n. 0800654-36.2013.8.24.0007, Relator Desembargador Newton Trisotto, de 28-09-2017; Agravo de Instrumento n. 0128122-66.2015.8.24.0000, Relator Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, de 16-05-2017.

3 Considerações finais

Não há como negar a plausibilidade jurídica da interpretação mais elástica adotada pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina quanto à amplitude do conceito de serviço público essencial para fins de incidência da regra de exceção em comento.

O reconhecimento da essencialidade do direito à educação não afronta o interesse público de preservação da lisura do pleito, nem desvirtua a finalidade da lei eleitoral. Ao revés, reforça a legitimidade das restrições impostas pela lei aos agentes públicos durante o período de campanha, porquanto permite a convivência harmônica de primados jurídicos de igual grandeza constitucional, sem prejudicar o acesso da população a direitos fundamentais.

Num contexto em que severas restrições orçamentárias impedem os entes federativos de recompor seu quadro de pessoal, agravado pelo incessante aumento da população, impedir a contratação temporária de profissionais na área da educação no ano da eleição, mesmo em situação comprovadamente emergencial, pode colocar em risco – senão paralisar – o atendimento gratuito prestado à sociedade nos estabelecimentos de ensino da rede pública.

Esse quadro mostra-se ainda mais alarmante se considerarmos que o Brasil tem 14 milhões de analfabetos, possuindo a oitava maior população de adultos analfabetos do mundo, a frente apenas de países como Paquistão, Nigéria ou Etiópia e atrás de Indonésia e Congo⁹.

Ao deixar de considerar a educação como serviço essencial, a Justiça Eleitoral corre o risco de acabar desencorajando gestores públicos a investirem recursos nessa importante área, pelo simples receio de sofrerem reprimendas, agravando ainda mais os graves problemas sociais que a afligem.

Por isso mesmo, a coragem do Pleno do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina em contrapor o entendimento sedimentado pela instância superior é louvável, especialmente porque tem o condão de incitar a rediscussão jurisprudencial dessa importante matéria.

⁹ Reportagem da *Revista Veja* sobre o “Relatório de Monitoramento Global da Educação 2017/8” divulgado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco). Disponível no endereço eletrônico: <<https://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/brasil-e-o-8-pais-com-mais-adultos-analfabetos-do-mundo/>>

Contudo, é preciso alertar que a Corte Superior Eleitoral já deu sinais de que não irá rever o seu posicionamento, ao menos, nesse momento.

Posteriormente à publicação do acórdão regional em análise, os Ministros da Corte Superior, de forma unânime, reafirmaram o entendimento de que “admissões de docentes não se enquadram na ressalva da alínea ‘d’ do inciso V da Lei 9.504/97, por não integrarem serviço público essencial, pois, ainda que a descontinuidade da educação acarrete prejuízos, não haverá dano irreparável à ‘sobrevivência, saúde ou segurança da população’”¹⁰.

Mais recentemente, foi proferida decisão monocrática dando parcial provimento ao recurso especial interposto pela Procuradoria Regional Eleitoral contra a decisão colegiada do Tribunal catarinense em análise, a fim de majorar a multa imposta aos recorridos, sob o argumento de que “a contratação temporária para a área de educação não caracteriza a inescusável premência a que alude a multicitada alínea ‘d’ do inciso V do art. 73 da Lei 9.504/97”¹¹.

Embora mencionada decisão possa ser reformada no julgamento em Plenário, a prudência recomenda que os agentes públicos, durante o ano eleitoral de 2020, não realizem quaisquer contratações temporárias na área da educação em âmbito municipal, sob pena de serem demandados judicialmente e estarem sujeitos à imposição das penas de multa, bem como de cassação de mandato eletivo.

Marcus Cléo Garcia - Servidor público efetivo do Quadro Permanente do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, onde exerce a função de Assessor Jurídico da Vice-Presidência; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Pós-graduado em Direito Eleitoral pela Universidade do Vale do Itajaí.

¹⁰ TSE. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 461-66. Relator Ministro Jorge Mussi. DJe de 29 de ago. de 2018.

¹¹ TSE. Recurso Especial n. 425-21. Relator Ministro Jorge Mussi. Decisão monocrática disponibilizada no DJe de 09 de maio de 2019.

AS AÇÕES DE COMUNICAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DURANTE O PERÍODO ELEITORAL: UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO TRESA N. 30.238, DE 27.10.2014

Hugo Frederico Vieira Neves

Resumo: A veiculação de publicidade institucional nos três meses que antecedem as eleições constitui conduta vedada aos agentes públicos durante a campanha, a teor do que prescreve a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. De igual forma, a qualquer tempo e por prazo indeterminado, a veiculação de publicidade institucional em desalinho com os preceitos constitucionais da impessoalidade é regra proibitiva para os mesmos agentes públicos. De acordo com a Lei Eleitoral, o candidato beneficiado ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. Ocorre que as democracias contemporâneas não podem prescindir das liberdades de imprensa e de expressão – avanços civilizatórios incontestáveis –, ainda que seja durante o período de um pleito eleitoral. Como então conciliar a atividade jornalística em todos os seus matizes com as condutas proibidas em questão? Podem os profissionais da imprensa exercer plenamente a sua atividade de forma crítica durante o período de campanha eleitoral? E mais: deve a Administração Pública paralisar suas atividades e seu processo de comunicação com a sociedade nos períodos eleitorais em razão da existência destas regras restritivas? Como conciliar os preceitos da comunicação, da impessoalidade e da transparência sem incorrer em abusos de poder? Enfrentando esta questão, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina definiu balizas e colocou sobre a balança da Justiça valores constitucionais como a liberdade de expressão e de imprensa, sem descuidar de sua missão igualmente constitucional de ser o guardião das Eleições em Santa Catarina. É o que se verá no presente artigo, no estudo de precedente lavrado no Acórdão n. 30.238, de 27.10.2014.

Palavras-chave: Publicidade institucional. Condutas vedadas. Abuso de poder. Liberdade de imprensa e de expressão.

1 Breve introdução e delimitação da matéria

A Lei n. 9.504/1997, ao estabelecer normas gerais para as eleições, elencou em seu corpo normativo, dentre as condutas que são consideradas proibidas, a vedação para agentes públicos de autorizarem veiculação de propaganda institucional durante os três meses que antecedem o dia das eleições, ressalvadas as hipóteses legais e expressamente previstas.

Esta vedação está enunciada no art. 73, VI, “b” do mencionado diploma normativo, que possui esta redação:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

[...]

b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral.

[...]

Efetivamente, conforme se extrai da letra da lei, o tipo proibido no art. 73, VI, “b”, Lei n. 9.504/97 diz respeito à autorização de publicidade institucional no período vedado.

Todavia, é importante salientar, desde logo, que a jurisprudência eleitoral pátria – em especial a do Tribunal Superior Eleitoral¹ – entende que se enquadra no mencionado dispositivo, também, a veiculação (e não somente a autorização) de qualquer publicidade institucional nos 3 (três) meses que antecedem o pleito eleitoral, ressalvadas as exceções enunciadas no próprio dispositivo.

A seu turno, as exceções se dividem em duas: a) as autorizadas pela Justiça Eleitoral, desde que digam respeito a atos, programas, obras, serviços e campanhas em hipóteses de urgência e gravidade públicas; e b) as que se referem à propaganda de produtos e serviços que tenham concor-

¹ BRASIL, TSE. Recurso Especial Eleitoral n. 21.106. Relator Ministro Fernando Neves, DJ 01 de ago. de 2003.

rência no mercado, classificadas como publicidade mercadológica a objetivar a projeção de vendas.

Outra forma de conduta vedada relacionada à comunicação dos agentes públicos está descrita no art. 74 do mencionado diploma legal e diz respeito a qualquer ação de comunicação institucional que possa configurar propaganda eleitoral, configurando-se abuso de autoridade, em manifesto desvio aos preceitos da impessoalidade estipulados no art. 37, § 1º, da Constituição Federal, que preceitua que o ato de comunicação deve ser de caráter educativo, informativo ou de orientação social.

Neste contexto, importante destacar, as lições de Mateus Henrique de Carvalho² sobre a questão do abuso de poder e da violação do princípio da impessoalidade na propaganda institucional:

A Constituição Federal é intolerável ao uso de publicidades institucionais para promoção pessoal. Sempre que a legislação infraconstitucional refere-se à publicidade custeada pelo poder público, deve-se observar o artigo 37, *caput*, e seu parágrafo primeiro, da Carta Constitucional.

Vale destacar, ainda, que a proibição extraída deste dispositivo não está restrita a determinado período de campanha, mas em qualquer período anterior ao início do processo eleitoral. Nas palavras do autor antes mencionado, a conduta do art. 74 pode ser classificada como “conduta vedada com prazo indeterminado”³.

De igual forma, a norma restritiva deve ser interpretada de forma ampliativa no exato sentido de não permitir a violação dos pressupostos constitucionais por parte da Administração Pública.

Com efeito, o objetivo da delimitação dessas condutas – que configuram espécies do gênero abuso do poder político –, consiste em assegurar a igualdade de oportunidades entre candidatos e, por conseguinte, a normalidade, a lisura e a legitimidade das eleições, impedindo que agentes públicos favoreçam determinada candidatura, partido ou coligação concorrente.

² CARVALHO, Mateus Henrique de. As condutas vedadas de acordo com os artigos 73 a 78 da Lei 9.504/97 e seus aspectos processuais diante das ações de combate ao ilícito eleitoral. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, pág. 55.

³ Idem, pág. 22.

Em verdade, as condutas vedadas são uma resposta do legislador ordinário ao instituto da reeleição – aprovado por emenda dez anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 –, uma vez que se revelava natural o temor em relação ao uso ilícito e abusivo da máquina estatal pelos agentes públicos que já ostentam a qualidade de detentores de mandatos eletivos, em especial os Chefes do Poder Executivo.

Logo, à toda evidência, as condutas vedadas dos dispositivos sob análise são espécies do gênero abuso de poder, praticadas por aqueles que necessariamente detêm o uso da máquina pública. Aliás, o emprego das engrenagens do Poder Público constitui a essência da regra de vedação à publicidade institucional.

Outras questões relevantes que circundam o tema das condutas vedadas relacionadas aos atos de comunicação dos agentes públicos dizem respeito à configuração da infração, da qual não se exige a prova de que a conduta tenha afetado o resultado do pleito, ou efetivamente beneficiado determinada candidatura ou, mesmo, prejudicado. Em outras palavras, a subsunção da norma ao fato independe de prova de prévio conhecimento do candidato eventualmente beneficiado.

Isto significa dizer que o proveito do Chefe do Poder Executivo (Prefeito, Governador ou Presidente) que esteja concorrendo à reeleição na hipótese de configuração das condutas vedadas em exame é evidente: a vedação à publicidade institucional é incondicional. A norma não determina que se investigue eventual benefício direto ao candidato à reeleição, pois ele é presumido pela própria Lei.

Por fim, antes de adentrar na análise jurisprudencial, é importante destacar que a publicidade legal – assim entendida aquela que objetiva a divulgação de balanços, atas, editais, decisões, avisos e meros atos administrativos do Poder Executivo –, não caracterizam publicidade institucional.

Registre-se, ainda, que na aplicação da penalidade é necessário considerar dados concretos para fins de individualização da pena e dosimetria, podendo incidir, além da cessação da veiculação da propaganda, a sanção de multa e cassação do diploma ou registro, a depender da proporcionalidade da reprimenda.

2 Análise jurisprudencial sobre as condutas vedadas do art. 73, VI, “b”, e art. 74, ambos da Lei n. 9.504/1997. Liberdade de imprensa como parâmetro a ser observado

Enfrentando a matéria, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, por meio do Acórdão n. 30.238, de 27.10.2014, da lavra do Juiz Hélio do Valle Pereira⁴, se posicionou estabelecendo algumas premissas relacionadas ao tema.

Os contornos do exame recursal dizem respeito a 7 fatos, sendo que os 5 primeiros se relacionam às condutas vedadas do art. 73, VI, “b” e do art. 74, ambos da Lei n. 9.504/1997, a saber: 1) publicação de matérias e nota oficial em jornais e sites que tratavam temas da Administração Pública Municipal; 2) postagem de notícia sobre verbas que seriam recebidas pela municipalidade; 3) veiculação de notícias sobre exonerações de servidores públicos municipais ligados a candidatos adversários; 4) divulgação pela assessoria de imprensa do município de matéria sobre a admissão de novos servidores; e 5) distribuição gratuita de jornais que publicaram os fatos 1 a 4.

A petição inicial acusava a divulgação de notícias que teriam alegadamente caráter abusivo por parte da municipalidade, por parte de assessor de comunicação da Prefeitura formalmente afastado de seu cargo, através de veículos de imprensa, na modalidade jornais impressos e versão digital na internet.

Argumentava-se que os réus beneficiados, candidatos à reeleição da Chefia do Poder Executivo Municipal, haviam incorrido nas mencionadas condutas vedadas, bem como em abuso de poder político e econômico.

Aduziu-se, ainda, ter havido a distribuição gratuita de jornais locais com as matérias mencionadas configurando o ilícito abusivo.

A ação foi julgada improcedente na primeira instância e, em grau de recurso, o TRESA assim se pronunciou na ementa deste julgado:

RECURSO ELEITORAL - NOVAS ELEIÇÕES - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - CONDUTA VEDADA E ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO - REPORTAGENS JORNALÍSTICAS.

⁴ Acórdão TRESA n. 30.238 de 27.10.2014, Relator o Juiz HÉLIO DO VALLE PEREIRA, Publicação: DJE - Diário de JE, tomo 194, Data 30.10.2014, pág. 8.

Eleições não paralisam o cotidiano administrativo ou a cobertura jornalística das coisas da Prefeitura. A disputa política não é uma extravagância, um período de exceção, assunto proibido. É claro que se pode, em tese, dissimular publicidade ilícita por meio de aparência de jornalismo, mas mesmo a exposição de opiniões favoráveis a uma candidatura ou acerbas a outras não representa em si uma conduta proibida, especialmente se não estiver revelada contribuição subjetiva da postulação beneficiada.

No caso concreto, inclusive, o que se afirma como indevido foram prosaicas reportagens sobre o dia a dia da municipalidade, nota oficial sem característica de propaganda e mesmo críticas pontuais radiofônicas e na imprensa escrita (em face das quais não se demonstrou nenhuma colaboração dos representados).

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE JORNAIS JUSTAMENTE QUANTO A EDIÇÕES FAVORÁVEIS AOS RÉUS - FALTA DE PROVA - AUSÊNCIA DE VALOR DE DECLARAÇÕES APENAS VERTIDAS EM ESCRITURA PÚBLICA.

A distribuição gratuita de jornais, fato até então inexistente, poderia ter gravidade, mas não existe prova a esse respeito. Afirmações havidas em escritura pública provam a declaração, não a veracidade dos fatos subjacentes. Relato pessoal, para ter valor processual, deve ser feito em juízo, sob contraditório, mediante o procedimento da inquirição de testemunhas.

[...]

NÃO RECONHECIMENTO DE CONDUTAS VEDADAS OU DE ABUSO DE PODER - DESPROVIMENTO DO RECURSO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE JULGOU O PEDIDO IMPROCEDENTE.

No caso concreto, o Tribunal catarinense entendeu que as divulgações do jornalista – que exercia o cargo de assessor de comunicação, mas estava devidamente afastado de suas funções na municipalidade – estavam cobertas pela liberdade de imprensa e de expressão.

Destacou o relator do caso que seria “meramente conjectural” dizer que havia um atrelamento dos representados – os candidatos alegadamente beneficiados – com uma campanha publicitária relacionada à disputa político-eleitoral da época.

Anotou-se que as notícias veiculadas retratavam o cotidiano administrativo e que, mesmo havendo eleições, o dia a dia da municipalidade deve prosseguir.

Com efeito, o que a Lei Eleitoral veda é a propaganda de caráter oficial (art. 73, VI, “b”) ou a participação de candidatos detentores de mandato eletivo em atos de divulgação institucional (art. 74).

Não se está a proibir o registro de eventos da Administração Pública que, diga-se, também se pauta pelo princípio da publicidade e da transparência dos atos de gestão.

Por evidente, não escapou ao juízo do Tribunal a possibilidade de haver, em casos congêneres, a dissimulação de publicidade de caráter eleitoral sob o manto protetivo da atividade jornalística.

Todavia, ressaltou-se a posição jurisprudencial pacificada no sentido de que são admitidas no espectro da liberdade de imprensa até mesmo a exposição de opiniões jornalísticas favoráveis ou desfavoráveis a determinada candidatura, sem que isso constitua ilícito eleitoral.

Aliás, no que se refere às opiniões jornalísticas desfavoráveis, é bom que se diga que críticas jornalísticas são salutares numa democracia, ainda que em pleno período eleitoral, pois os mandatários não podem ser blindados contra discursos ásperos e posições inquisitivas.

Neste caminhar, não se pode partir da premissa de que os eleitores são tábulas rasas a formar opinião apenas pelo que de negativo se escreve sobre determinada candidatura; ao revés, prestigiar a liberdade de imprensa é reconhecer que alcançamos – eleitores e eleitos – maturidade democrática suficiente para conduzir um pleito sem desvios ou abusos.

De fato, não havendo a menção ao nome dos candidatos nem imagens ou ainda enaltecimento de feitos da Administração Pública e, numa hipótese mais absurda, pedido de voto direto ou indireto à determinada candidatura, não há falar no enquadramento das condutas vedadas dos arts. 73, VI, “b” e 74 da Lei das Eleições, porquanto ausentes contornos de condutas abusivas.

Finalmente, quanto à alegação de distribuição gratuita de jornais impressos na comunidade, o Tribunal entendeu que a mera declaração feita por escritura pública não era suficiente para provar o fato.

Efetivamente, ausente prova robusta que pudesse evidenciar a conduta da qual se alegava abusividade de poder (econômico), as declarações firmadas em cartório por eleitores que diziam não serem assinantes dos periódicos não foram reconhecidas, por si só, como satisfatórias para determinar a dimensão dos fatos alegada pelos autores da representação, sendo a acusação julgada improcedente no ponto.

3 Considerações finais

À guisa de conclusão, tem-se que as condutas vedadas foram concebidas com o manifesto intuito de resguardar minimamente a igualdade de condições entre os concorrentes, o que foi acentuado com a implementação do instituto da reeleição dos Chefes do Poder Executivo.

Neste contexto, duas são as condutas proibidas aos agentes públicos no que se refere à comunicação de órgãos públicos: a) a primeira diz respeito à realização de ações publicitárias – chamada propaganda institucional – em desalinho com o que está previsto no art. 73, VI, “b”, da Lei n. 9.504/1997; b) a segunda, refere-se a qualquer ação de comunicação oficial que possa configurar propaganda eleitoral e, por conseguinte, abuso de autoridade, consoante prevê o art. 74 do mesmo diploma legal.

Oportuno ressaltar que o reconhecimento da materialização das condutas vedadas aqui analisadas pode ter a grave consequência jurídica de cassar o registro ou o diploma do candidato implicado, consoante se extrai da parte final do art. 74 da Lei n. 9.504/1997. Desta penalidade, ainda pode decorrer a inelegibilidade por 8 anos prevista no art. 1º, I, “j”, da Lei Complementar n. 64/1990⁵, na hipótese de decisão condenatória transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado.

Desta forma, além de robusto e incontroverso acervo probatório, cautela e prudência são indispensáveis no juízo de proporcionalidade dos casos levados à Justiça Eleitoral.

Com efeito, o precedente destacado revela que a Corte Eleitoral Catarinense – sem descurar de sua missão de coibir abusos e velar pela lisu-

⁵ Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;

ra das eleições, evitando o desequilíbrio entre os concorrentes – estabeleceu dois parâmetros fundamentais: a liberdade de expressão, como corolário da liberdade de imprensa e a não interferência no fluxo normal de atividades do poder público municipal, com o objetivo de não paralisar a máquina pública a serviço da sociedade durante o processo eleitoral.

Salutar, no ponto, reconhecer que o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, ao se posicionar desta forma, conferiu maior relevo e prestígio às liberdades civis, bases de um Estado Democrático de Direito, o que em nada prejudica os atores do processo eleitoral nas atividades de controle, fiscalização e judicialização dos atos ilícitos praticados por agentes públicos durante a campanha eleitoral.

Referências

CARVALHO, Mateus Henrique de. **As condutas vedadas de acordo com os artigos 73 a 78 da lei 9.504/97 e seus aspectos processuais diante das ações de combate ao ilícito eleitoral**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

NISS, Pedro Henrique Távora. **Condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais: arts. 73 a 78 da Lei n. 9.504/97, reeleição, emenda constitucional n. 16/97**. São Paulo: Edipro, 1998.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

Hugo Frederico Vieira Neves - Servidor público efetivo do Quadro Permanente do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, Assessor Jurídico dos Juízes do Pleno; Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí; Licenciado em Letras pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera; Professor autônomo de Direito Eleitoral na Pós-graduação da Universidade do Vale do Itajaí; Palestrante e conferencista de Direito Eleitoral; foi Vice-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral de Santa Catarina e atualmente é Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina.



TERCEIRA SEÇÃO

**JURISPRUDÊNCIA
SELECIONADA**

ACÓRDÃO N. 27940**RECURSO ELEITORAL N. 336-45.2012.6.24.0086 - REPRESENTAÇÃO - ABUSO DE PODER POLÍTICO - CONDOTA VEDADA A AGENTE PÚBLICO - 86ª ZONA ELEITORAL - BRUSQUE**

Relator: Juiz Eládio Torret Rocha

Recorrente: Coligação “A Força do Povo” (PSD-DEM-PRB-PSB-PTdoB-PTB-PV-PTN-PSC-PSL-PRTB).

Recorridos: Paulo Roberto Eccel, Evandro de Farias e Coligação “Tenho Brusque no Coração” (PP-PDT-PT-PMDB-PR-PPS-PHS-PTC-PCdoB).

- RECURSO - ELEIÇÕES 2012 - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - PRELIMINARES DE INÉPCIA RECURSAL E INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR - REJEIÇÃO - ALEGAÇÃO DE ABUSO DO PODER POLÍTICO (LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 22) E PRÁTICA DE CONDOTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS EM CAMPANHA ELEITORAL (LEI N. 9.504/1997, ART. 73, VII) - REALIZAÇÃO DE DESPESAS COM PUBLICIDADE NO PRIMEIRO SEMESTRE DAS ELEIÇÕES ACIMA DO LIMITE MÁXIMO PERMITIDO POR LEI - VALOR DAS DESPESAS REALIZADAS EQUIVALENTE AO TOTAL DOS GASTOS LIQUIDADOS PELA MUNICIPALIDADE - LIMITE CALCULADO COM BASE NA MÉDIA SEMESTRAL DAS DESPESAS LIQUIDADAS NOS 03 (TRÊS) ANOS ANTERIORES AO PLEITO - INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA DO DISPOSITIVO - NECESSIDADE PREMENTE DE RESTRINGIR O USO ABUSIVO DE VERBAS PÚBLICAS COM MATERIAL PUBLICITÁRIO - UTILIZAÇÃO DA PUBLICIDADE INSTITUCIONAL DO MUNICÍPIO PARA PROMOÇÃO PESSOAL - DISTRIBUIÇÃO DE LIVRETOS CONTENDO MENSAGENS COM CONOTAÇÃO FLAGRANTEMENTE ELEITOREIRA - OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE NA DIVULGAÇÃO DOS ATOS DE GOVERNO (CR, ART. 37, § 1º) - ILICITUDES IMPUTADAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS - APLICAÇÃO DAS PENALIDADES DE MULTA, CASSAÇÃO DO REGISTRO DE CANDIDATURA E INELEGIBILIDADE - PROVIMENTO.

A teor do inciso VII do artigo 73 da Lei n. 9.504/1997, os agentes públicos, no primeiro semestre do ano da eleição, não podem liquidar recursos referentes a despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média semestral dos gastos liquidados nos 03 (três) últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição.

Configura abuso do poder político reprimido pela legislação eleitoral (Lei Complementar n. 64/1990, art. 22) a distribuição de livretos custeados com recursos públicos contendo dados e fotografias das obras realizadas pela prefeitura, nas quais as informações institucionais são apresentadas com o uso de frases de efeito, similares às manchetes utilizadas nos meios de comunicação sociais, bem como declarações de moradores locais que buscam, a toda evidência, exaltar a atuação e a eficiência da atual gestão municipal.

E isso porque “o caput e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta” (STF, RE n. 191.668, de 15.04.2008, Min. Menezes Direito).

Não há negar, outrossim, a gravidade da conduta por conta da significativa capacidade de impulsionar e emprestar força à imagem do agente político beneficiado de maneira ilegítima e, com isso, desequilibrar a igualdade de condições dos candidatos à disputa do pleito (TSE, AgR-AI n. 12028, de 27.04.2010, Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior).

ACÓRDÃO N. 31328

RECURSO ELEITORAL N. 36-11.2016.6.24.0000 - AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO - 60ª ZONA ELEITORAL - GUARAMIRIM (MASSARANDUBA)

Relator Designado: Juiz Antonio do Rêgo Monteiro Rocha

Relator: Juiz Alcides Vettorazzi

Recorrentes/Recorridos: Coligação “Competência, Juventude e Trabalho” (DEM/PP/PT/PR); Odenir Deretti; Davio Leu Júnior; Coligação “Massaranduba Crescendo com Serenidade e Trabalho” (PMDB/PSDB/PSD); Mario Fernando Reinke; Armindo Sesar Tassi

- RECURSO ELEITORAL - AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO - CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - CONDUTA VEDADA - ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO - PEDIDO PROCEDENTE EM 1º GRAU - INCONFORMISMO - PRELIMINARES - OMISSÃO - AGRAVO RETIDO - SUPRIMENTO POSTERIOR - NÃO CONHECIMENTO POR PERDA DE OBJETO - AGRAVO RETIDO - REITERADO PEDIDO DE APRECIÇÃO PELA INSTÂNCIA SUPERIOR - AUSÊNCIA - NÃO CONHECIMENTO - NULIDADE DA SENTENÇA - PROVA ILÍCITA - GRAVAÇÃO AMBIENTAL - PREJUÍZO AUSENTE - ALEGAÇÃO AFASTADA - JULGAMENTO EXTRA PETITA - SENTENÇA QUE CASSOU DIPLOMA - PREVISÃO LEGAL AUSENTE - EFEITO PRÁTICO DE CASSAÇÃO DE MANDATO - ARGUIÇÃO INACOLHIDA - CONDUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS - DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE BENS EM ANO ELEITORAL - CALAMIDADE PÚBLICA, EMERGÊNCIA E PROGRAMA SOCIAL COM EXECUÇÃO PROVISÓRIA EM ANO ANTERIOR - EXCEÇÕES LEGAIS AUSENTES - OCORRÊNCIA DE VEDAÇÃO PREVISTA NO § 10º DO ART. 73, DA LEI N. 9.504/97 - CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO - AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO - ANUÊNCIA DO CANDIDATO - ILÍCITO CONFIGURADO - EFEITOS DA PROCEDÊNCIA DA AIME

- CASSAÇÃO DE MANDATOS, AFASTADAS A INELEGIBILIDADE E A MULTA - MAJORAÇÃO DA MULTA - AFASTAMENTO - SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO DECISUM - INACOLHIMENTO - PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DOS DEMANDADOS - RECURSO DOS AUTORES - PREJUDICADO.

.....

ACÓRDÃO N. 32299

RECURSO ELEITORAL N. 274-15.2016.6.24.0102 - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL - ABUSO DE PODER - 102ª ZONA ELEITORAL - RIO DO SUL

Relator: Juiz Wilson Pereira Junior

Recorrente: Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) de Aurora

Recorridos: Coligação Respeito pelo povo e pelo que é do povo (PP/PSC/PR/PSD), Vilmar Zandonai, Jairo Stüpp e André Luiz Santos

- ELEIÇÕES 2016 - RECURSO ELEITORAL - SUPOSTA PRÁTICA DE CONDUITA VEDADA - ART. 73, I, LEI N. 9.504/1997 - UTILIZAÇÃO DE IMAGENS DE PRÉDIOS E SERVIDORES PÚBLICOS NA PROPAGANDA ELEITORAL - POSSIBILIDADE - SITUAÇÃO QUE NÃO CONFIGURA CESSÃO DE BENS PÚBLICOS EM BENEFÍCIO DE CANDIDATURA - ALEGADO ABUSO DE PODER POLÍTICO E DE AUTORIDADE - USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO - NÃO CARACTERIZAÇÃO - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - MANUTENÇÃO - DESPROVIMENTO DO RECURSO.

A utilização de imagens de prédios e servidores públicos na propaganda eleitoral não configura a conduta vedada de cessão de bens públicos em benefício da campanha eleitoral prevista no inciso I do art. 73 da Lei n. 9.504/1997.

ACÓRDÃO N. 32310

RECURSO ELEITORAL N. 234-07.2016.6.24.0046 - REPRESENTAÇÃO - 46ª ZONA ELEITORAL - TAIÓ

Relator: Juiz Wilson Pereira Junior

Recorrentes: Moacir Oenning e Jardel Fronza

Recorrido: Ministério Público Eleitoral

- RECURSOS ELEITORAIS - REPRESENTAÇÃO - CON-DUTA VEDADA AOS AGENTES PÚBLICOS - SECRETÁRIO EXECUTIVO E GERENTE DE ADMINISTRAÇÃO, FINANÇAS E CONTABILIDADE DE AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL - ART. 73, INCISO VI, ALÍNEA “A”, DA LEI N. 9.504/1997 - TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DE RECURSOS DECORRENTES DE CONVÊNIO COM A PREFEITURA MUNICIPAL EM PERÍODO VEDADO - OBRA INICIADA ANTES DESSE PERÍODO - CARACTERIZAÇÃO DA EXCEÇÃO PREVISTA NO DISPOSITIVO LEGAL, UMA VEZ QUE FOI DEMONSTRADO QUE A OBRA ESTAVA “EM ANDAMENTO” ANTES DO PERÍODO VEDADO - REPASSE DA SEGUNDA PARCELA DO CONVÊNIO - LEGALIDADE DA CONTINUIDADE DAS TRANSFERÊNCIAS - NÃO CONFIGURAÇÃO DA PRÁTICA DE CONDUTA VEDADA - PROVIMENTO DOS RECURSOS - IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

Não há configuração de conduta vedada se as transferências voluntárias de recursos entre entes federados, embora feitas durante o período vedado pelo art. 73. VI, “a” da Lei n. 9.504/1997, forem destinadas a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra em andamento, ou seja, iniciada antes daquele termo.



EJESC

Escola Judiciária Eleitoral
de Santa Catarina

ISSN 0104-6152