

Revista



OAB **ESA**
SÃO PAULO

Direito

Eleitoral

"Aprimore seus
conhecimentos com quem é referência."

DIRETORIA

Presidente em Exercício: Marcos da Costa

Vice-Presidente: Marcos da Costa

Secretário-Geral: Braz Martins Neto

Secretário-Geral Adjunta: Clemencia Beatriz Wolthers

Tesoureiro: José Maria Dias Neto



CONSELHO SECCIONAL

AILTON JOSE GIMENEZ
AMERICO DE CARVALHO FILHO
AMILCAR AQUINO NAVARRO
ANNA CARLA AGAZZI
ANTONIO CARLOS DELGADO LOPES
ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL
ANTONIO FERNANDES RUIZ FILHO
ANTONIO JORGE MARQUES
ARMANDO LUIZ ROVAI
CARLOS ALBERTO EXPEDITO DE BRITTO NETO
CARLOS ALBERTO MALUF SANSEVERINO
CARLOS BARBARÁ
CARLOS FERNANDO DE FARIA KAUFFMANN
CARLOS JOSE SANTOS DA SILVA
CARLOS PINHEIRO
CARLOS ROBERTO FORNES MATEUCCI
CID ANTONIO VELLUDO SALVADOR
CID VIEIRA DE SOUZA FILHO
CLAUDIO BINI
CLAUDIO PERON FERRAZ
DANIEL BLIKSTEIN
DARMY MENDONCA
EDSON COSAC BORTOLAI
EDSON ROBERTO REIS
EDUARDO CESAR LEITE
ELI ALVES DA SILVA
ESTEVAO MALLETT
EURO BENTO MACIEL
FABIO MARCOS BERNARDES TROMBETTI
FABIOLA MARQUES
FERDINANDO COSMO CREDIDIO
FERNANDO JOSE DA COSTA
FLAVIO JOSE DE SOUZA BRANDO
GABRIEL MARCILIANO JUNIOR
GILDA FIGUEIREDO FERRAZ DE ANDRADE
GISELE FLEURY CHARMILLOT GERMANO DE LEMOS
GUSTAVO FLEICHMAN
HELENA MARIA DINIZ
HORACIO BERNARDES NETO
JAIRO HABER
JAMIL GONCALVES DO NASCIMENTO
JARBAS ANDRADE MACHIONI
JOAO BAPTISTA DE OLIVEIRA
JOAO CARLOS RIZOLLI
JOAO EMILIO ZOLA JUNIOR
JORGE ELUF NETO
JOSE EDUARDO TAVOLIERI DE OLIVEIRA
JOSE LEME DE MACEDO
JOSE VASCONCELOS
LAERTE SOARES
LUIS RICARDO MARCONDES MARTINS
LUIZ CARLOS PEGAS
LUIZ DONATO SILVEIRA
LUIZ EDUARDO DE MOURA
MANOEL ROBERTO HERMIDA OGANDO
MARCELO FERRARI TACCA
MARCIO APARECIDO PEREIRA
MARCO AURELIO VICENTE VIEIRA
MARTIM DE ALMEIDA SAMPAIO
MAURICIO FERNANDO ROLLEMBERG DE FARO MELO
MAURICIO SILVA LEITE
MOIRA VIRGINIA HUGGARD-CAINE
NELSON ALEXANDRE DA SILVA FILHO
ODINEI ROGERIO BIANCHIN
RICARDO LOPES DE OLIVEIRA
RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO
ROBERTO DELMANTO JUNIOR
ROMUALDO GALVAO DIAS
ROSANGELA MARIA NEGRAO
ROSSANO ROSSI
RUI AUGUSTO MARTINS
SERGIO ROXO DA FONSECA
SIDNEI ALZIDIO PINTO
UMBERTO LUIZ BORGES D'URSO
YARA BATISTA DE MEDEIROS

Membros Suplentes:

ADIB KASSOUF SAD
ADRIANA GALVÃO MOURA
ALEXANDRE TRANCHO
ANTONIO CARLOS ROSELLI
ANTONIO ELIAS SEQUINI
ANTONIO HERCULES
ANTONIO OLIVEIRA JUNIOR
ANTONIO RICARDO DA SILVA BARBOSA
ARISTEU JOSE MARCIANO
ARLEI RODRIGUES
CESAR AUGUSTO MAZZONI NEGRAO
EDGAR FRANCISCO NORI
FATIMA PACHECO HAIDAR
FERNANDO CALZA DE SALLES FREIRE
FERNANDO LUCIANO GARZAO
GENILDO LACERDA CAVALCANTE
GEORGE AUGUSTO NIARADI
JORGE LUIZ CARNITI
JOSE FABIANO DE QUEIROZ WAGNER
JOSE MEIRELLES FILHO

JOSE RODRIGUES TUCUNDUVA NETO
LIVIO ENESCU
LUCIA MARIA BLUDENI
LUIZ AUGUSTO ROCHA DE MORAES
LUIZ CARLOS RIBEIRO DA SILVA
LUIZ CELIO PEREIRA DE MORAES FILHO
LUIZ FERNANDO AFONSO RODRIGUES
LUIZ TADEU DE OLIVEIRA PRADO
MARCELO GATTI REIS LOBO
MARCELO SAMPAIO SOARES
MARCOS ANTONIO DAVID
MAURICIO SCHEINMAN
OSCAR ALVES DE AZEVEDO
OTAVIO AUGUSTO ROSSI VIEIRA
PAULO JOSE IASZ DE MORAIS
ROBERTA CRISTINA ROSSA
SIDNEY LEVORATO
STASYS ZEGLAITIS JUNIOR
VITOR HUGO DAS DORES FREITAS

Membros Natos:

ANTONIO CLAUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
CARLOS MIGUEL CASTEX AIDAR
JOSÉ EDUARDO LOUREIRO
JOSÉ ROBERTO BATOCHIO
JOÃO ROBERTO EGYDIO DE PIZA FONTES
MARCIO THOMAZ BASTOS
MARIO SERGIO DUARTE GARCIA
RUBENS APPROBATO MACHADO

Membros Efetivos Paulistas no Conselho Federal:

ARNOLDO WALD FILHO
GUILHERME OCTAVIO BATOCHIO
MARCIA REGINA MACHADO MELARE

Membros Suplentes Paulistas no Conselho Federal:

NORBERTO MOREIRA DA SILVA
TALLULAH KOBAYASHI DE A.CARVALHO

DIRETORIA

Diretor: Rubens Approbato Machado

Vice Diretora: Anna Carla Agazzi

Assessor Especial da Diretoria: Laerte Soares

Coordenadora Geral: Ana Vieira

Conselho Curador

Presidente: Estevão Mallet

Vice-Presidente: Helena Maria Diniz

Secretário: Anis Kfourri Júnior

Conselheiros:

Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Roberto Delmanto Júnior

Representantes do Corpo Docente:

Paulo José Villela Lomar
Sandra Maria Boldini
Cláudio Cintra Zarif

Representante de Curso de Especialização:

José Fernando Simão

Representante do Corpo Discente:

Antônio Ricardo Miranda Júnior



Sumário

Diretoria	02
Conselho Seccional	03
Conselho Curador	04
Editorial	05
Apresentação	06
Sobre a Revista	98

Artigos



08 **Thalita Abdala Aris**
Breve Histórico da Justiça Eleitoral no Brasil

14 **Valter Rebelo**
Dupla Filiação Partidária - Aspectos Relevantes

26 **Guilherme Peña de Moraes**
(In)Fidelidade Partidária

36 **André de Carvalho Ramos**
Infidelidade Partidária Cinco Anos Depois

56 **Danilo Fernandes Christóforo**
Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade Material no Crime de Divulgação de Propaganda de Candidato ou Partido no Dia das Eleições

78 **José do Carmo Veiga**
Um Novo Olhar Sobre o Voto do Preso Provisório

84 **Carlos Gonçalves Junior**
Financiamento da Atividade Política Eleitoral: Uma Análise da Efetividade Jurídica do Sistema Brasileiro

92 **Diogo Rais**
Prefeito Itinerante

Expediente



Revista Científica Virtual da Escola Superior de
Advocacia da OAB-SP
Nº 11. (Inverno - 2012.) - São Paulo: OAB/SP, 2012.

Conselho Editorial

Rubens Approbato Machado

Ana Vieira

Laerte Idalino Marzagão Júnior

Rizzatto Nunes

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Maria do Carmo Oliveira Carrasco

Coordenador de Editoração

Diogo Rais

Colaboradores

Roseleine Scalabrini França

Thiago Gomes dos Santos

Tomás Rotter Bueno

Jornalista Responsável

Santamaria Nogueira Silveira

Fale Conosco

Largo da Pólvora, 141, Sobreloja - Liberdade
Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.esaoabsp.edu.br
E-mail: revista@esa.oabsp.org.br

Publicação Trimestral

ISSN - 2175 - 4462.

Direito - Periódicos. Ordem dos Advogados do Brasil

A Escola Superior de Advocacia da OAB-SP nos brinda com um número de sua Revista Científica Virtual dedicado exclusivamente ao Direito Eleitoral.

O convite para coordenar esta empreitada veio com a indispensável preocupação quanto a possibilidade fática de se construir uma revista de Direito Eleitoral em plena época de campanha eleitoral das eleições municipais de 2012, audácia que jamais poderia assumir sozinho e por isso fui a campo na tentativa de convencer os mais ilustres profissionais da área a dedicar o seu escasso tempo, que em época eleitoral, se transforma em artigo ainda mais raro. A boa surpresa veio rapidamente com a enxurrada de confirmações, e em pouco tempo, tínhamos a equipe que construiria a próxima Revista Científica Virtual da ESA da OAB-SP dedicada exclusivamente ao Direito Eleitoral.

Cada autor(a) poderia escrever sobre qualquer tema em Direito Eleitoral, mas a sintonia de toda a equipe (entre si e com a atmosfera das eleições) premiou a Revista com uma composição dos temas mais relevantes e atuais do Direito Eleitoral, permitindo ainda, que seus artigos fossem estruturados e concatenados logicamente de acordo com seus temas.

A mais democrática das revistas científicas neste número revelou intensa exogenia trazendo em seus doze artigos representantes do Distrito Federal e de cinco Estados brasileiros: Minas Gerais, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro e São Paulo.

A autora Prof^a Thalita Abdala Aris com seu artigo "Breve Histórico da Justiça Eleitoral no Brasil" reconstrói com inteligência e seriedade a edificação da Justiça Eleitoral brasileira que além de satisfazer as curiosidades de sua criação, também produz terra fértil para a propagação dos demais temas, como é o caso do artigo da lavra do Prof. Valter Rebelo Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí que aborda criticamente e com excelência os aspectos mais relevantes da Dupla Filiação Partidária.

Os autores Prof. Guilherme Peña de Moraes e Prof. André de Carvalho Ramos abordaram o tema da Infidelidade Partidária, cada um em um artigo distinto trazendo um panorama completo do tema como se abordassem duas faces da mesma "moeda" promovendo um diálogo essencial e de alto nível sobre o tema.

O Prof. Guilherme Peña de Moraes que é Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em exercício na Assessoria de Assuntos Institucionais da Procuradoria-Geral de Justiça fluminense, Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC – Rio), Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Pós-Doutor em Direito Constitucional pela *Fordham School of Law – Jesuit University of New York (FU/NY)* e autor, dentre outras obras, de *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., e de *Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais* (ambas publicadas pela Editora Atlas) abordou o tema se concentrando diante das questões do mandato eletivo e do mandato partidário enfrentando a fidelidade partidária sob seu viés no direito comparado e no direito brasileiro, cindindo-a didaticamente entre os anos de 1988-2007 e 2007-2012, sem deixar de contemplar o curioso processo de justificação de desfiliação partidária.

Já o Prof. André de Carvalho Ramos, Procurador Regional Eleitoral em São Paulo (2012-2014 – Titular e 2010-2012 - Substituto), Procurador Regional da República da 3ª Região, Professor Doutor e Livre-Docente de Direito Internacional e do Programa de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Livre-Docente e Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo trouxe o específico tema da "Infidelidade Partidária Cinco Anos Depois" iniciando com a contextualização sobre a evolução da desfiliação partidária sem justa causa, mas tendo se concentrado na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral traçando um paralelo com a experiência paulista e concluindo com um balanço dos resultados e perspectivas futuras.

O Prof. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, experiente e renomado eleitoralista, aborda em seu artigo o complexo tema da "Gravidade das Circunstâncias no Abuso de Poder Eleitoral" à luz da atualidade considerando a inovação interpretativa introduzida pela Lei Complementar n. 135 de 2010 a popularmente conhecida Lei da Ficha Limpa.

Sob um enfoque cientificamente estruturado a Prof^a Marilda de Paula Silveira enfrenta o nebuloso tema dos "Ilícitos Eleitorais Praticados por Terceiros e o Nexu de Causalidade para Responsabilização do Candidato" tecendo uma tese sólida a respeito dessa zona cinzenta do Direito Eleitoral.

Por uma ótica precisa o Prof. Danilo Fernandes Christófaru aborda o sempre atual tema do "Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade Material no Crime de Divulgação de Propaganda de Candidato ou Partido no Dia das Eleições", seu artigo vai além de um relato descritivo sobre a matéria já enfrentada por diversas vezes pelo Tribunal Superior Eleitoral, pois traz apontamentos críticos e não se silencia diante de suas conclusões.

O Prof. Henrique Neves da Silva Ministro Substituto do Tribunal Superior Eleitoral no período de 2008-2012, que dentre tantos méritos enfrentou com sabedoria e coerência as questões eleitorais, sobretudo, produzindo farto material que constitui paradigma diante da propaganda eleitoral, traz em seu artigo "Breves Considerações sobre a Responsabilidade da Propaganda Eleitoral na Internet" um panorama real traçado com a habilidade daquele que estuda e conhece profundamente a matéria.

O Prof. Walber de Moura Agra enfrenta o tema do "Direito de Resposta" contextualizando o cenário propício à sua concessão elencando as hipóteses de incidência e realçando seu procedimento, tudo de maneira altamente didática trazendo ao leitor informações e conceitos preciosos para as mais variadas conclusões a respeito do tema.

O Desembargador e ex-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais Prof. José do Carmo Veiga de Oliveira trouxe o tormentoso tema do voto do preso provisório sob um novo olhar à matéria contextualizando e abordando, incisivamente, os mais complexos aspectos.

O tema do financiamento também está presente na Revista Científica Virtual sendo abordado com excelência pelo Prof. Carlos Gonçalves Junior em seu artigo "Financiamento da Atividade Política Eleitoral: Uma Análise da Efetividade Jurídica do Sistema Brasileiro" que além de contextualizar a matéria com os modelos de financiamento, se concentrou diante do modelo brasileiro trazendo um panorama essencial ao estudioso do Direito Eleitoral.

Por fim, o meu artigo sobre a figura do Prefeito Itinerante ou Prefeito Profissional no qual contextualizo o tema à luz do Direito Eleitoral, Democracia e Princípio Republicano, abordando as questões sobre reeleição e a figura do Prefeito Itinerante ou Prefeito Profissional diante do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal.

Aqui convido aos leitores para participarem dessa atmosfera democrática e desafiadora na qual a Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP foi construída pelas múltiplas mãos dos juristas mais renomados na temática, presentes no Distrito Federal e em outros cinco Estados brasileiros, enfrentando e desvendando os temas mais complexos do Direito Eleitoral em plena campanha eleitoral das eleições de 2012, com muita dedicação, sabedoria e comprometimento.



Diogo Rais - Advogado Professor de Direito Constitucional e Eleitoral da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Bolsista do Projeto "CNJ Acadêmico" da CAPES em parceria com o Conselho Nacional de Justiça e em convênio com a Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP com cursos de extensão em Justiça Constitucional na Université Paul Cézanne. Membro do Comitê Editorial da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Autor dos livros: *A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal - o caso das audiências públicas* (Editora Fórum, 2012); *Direito Eleitoral - Coleção para Concursos Públicos Nível Médio & Superior* (Editora Saraiva, 2012).

Breve Histórico da Justiça Eleitoral no Brasil

Palavras chaves: Direito Eleitoral – histórico – Justiça Eleitoral – Brasil

Thalita Abdala Aris - Advogada. Especialista em Direito Administrativo pela FADISP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCSP.



A evolução histórica do Direito Eleitoral e do surgimento da Justiça Eleitoral no Brasil se mostra intimamente ligada à organização política verificada ao longo dos anos.

Nesse sentido, utilizando as Constituições brasileiras como parâmetro para tal análise, partiremos, portanto, de 1824, quando o Brasil editou sua primeira Constituição, outorgada por Dom Pedro I.

A Carta de 1824, impulsionada pelos movimentos constitucionalistas e pelos ideais trazidos da Revolução Francesa, previa, em seu artigo 98, que o Imperador Dom Pedro I detinha o poder centralizado em suas mãos, contando ainda com um poder intitulado "Moderador", que constituía na chave do poder político, "*verbis*":

"Art. 98 da Constituição de 1824. "O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos."

De acordo com a Constituição de 1824, a eleição para escolha dos membros do Parlamento era indireta (artigo 90), sendo qualificados para votar os maiores de 25 anos¹, com renda líquida maior de 100 mil réis (artigos 91 e 92). Admitia-se, ainda, o voto por procuração, fato que favorecia consideravelmente a ocorrência de fraude nas eleições.

A fim de minimizar a fraude verificada com o voto de cabresto e o de curral, destaca José Alfredo Luiz Jorge que, no ano de 1842, foi editado o Decreto nº 157, que aboliu o voto por procuração, e, em 1855, foi editado o Decreto nº 842, que instituiu o voto por distritos eleitorais², consoante disposto em seu artigo 1º, § 3º, "*verbis*": "As Provincias do Imperio serão divididas em tantos Districtos Eleitoraes quantos forem os seus Deputados á Assembléa Geral."

¹ O artigo 92, I, da Constituição de 1824, previa que os casados e os oficiais militares maiores de vinte e um anos poderiam votar, além dos bacharéis formados e clérigos de ordens sacras.

² JORGE, José Alfredo Luiz. "Causas Legais de Inelegibilidade". Campinas, SP: Millennium, 2004, pp. 37/38.

Ainda no Império, foi sancionado o Decreto nº 3029, de 9 de janeiro de 1881, conhecido como “Lei Saraiva”³ que, em reforma à legislação eleitoral, determinou eleições diretas para senadores e deputados, proibiu o voto dos analfabetos e instituiu no Brasil o título de eleitor.

Tais reformas eleitorais, entretanto, não foram suficientes para satisfazer os anseios da elite dominante, verificando-se, em seguida, o movimento republicano e a promulgação da Constituição de 1891, que instituiu o federalismo no Brasil, inspirado no modelo norte-americano, bem como o presidencialismo, buscando-se neutralizar o poder pessoal dos governantes.

De acordo com Joel Cândido, a Constituição de 1891 instituiu as eleições diretas e por maioria absoluta do votos, sendo abolido o voto censitário, tendo como eleitores os cidadãos maiores de 21 anos⁴. O ponto negativo, porém, ficou por conta dos analfabetos, dos quais foi retirado o direito ao sufrágio.

Ante a permanência de fraude e corrupção no processo eleitoral, a fim de conferir maior seriedade às eleições, em 1916, o então presidente Venceslau Brás⁵ sancionou a Lei nº 3.139/1916, que outorgava ao Judiciário a organização do alistamento eleitoral, medida aplicada apenas durante as eleições.

Entretanto, não foi resolvido o problema político, sendo salientado por Vamireh Chacon que “o problema fundamental da política, no Império como na República, sempre girou em torno das eleições, chave da autenticidade representativa e do rodízio do poder.”⁶

De fato, foi a Carta de 1934, com seu conteúdo democrático e voltada aos direitos sociais, que trouxe profundas alterações no que tange aos direitos políticos,

impulsionada pelo cenário advindo das Revoluções de 1930 e a Constitucionalista de 1932.

Com efeito, já em 1932 houve a edição do Código Eleitoral (Decreto nº 21.076), que previu a criação da Justiça Eleitoral, introduzindo o voto secreto, o sistema de representação proporcional e o direito de voto à mulher. O Código regulamentou ainda as eleições municipais, estaduais e federais, fazendo referência, pela primeira vez, aos partidos políticos.

A importância do Código Eleitoral de 1932 é destacada por Djalma Pinto, tendo em vista as constantes adulterações havidas nos sistema majoritário, tais como o “bico-de-pena”, no qual as mesas eleitorais faziam votar mortos e ausentes; e a “degola”, no qual eram excluídos os candidatos da oposição, sobe a alegação de inelegibilidade ou compatibilidade, implicavam a manipulação do resultado das eleições, tendo o Código tornado possível o acesso das minorias ao poder, pela via da representação proporcional⁷.

A Constituição de 1934, promulgada pouco depois do Código Eleitoral de 1932, foi a primeira a prever a Justiça Eleitoral como integrante do Poder Judiciário (artigo 63, “d”), consagrando ainda o sufrágio feminino e o voto secreto⁸. Conforme salienta Tércio Sampaio Ferraz, o voto ainda não era plenamente universal, tendo em vista que não se contava com a participação dos analfabetos, excluídos do direito ao sufrágio⁹.

A Constituição de 1934, porém, durou pouco. Em 1937 foi outorgada uma nova Constituição e criado o Estado Novo. Essa Constituição Federal, inspirada na Constituição polonesa então vigente, foi apelidada de “Polaca” em razão do seu caráter autoritário.

3 Tal nome se deu em razão da iniciativa da lei ter sido promovida pelo Conselheiro Saraiva, sendo redigida, entretanto, por Rui Barbosa. Fonte: <http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/lei-saraiva>, acesso em 10 de fevereiro de 2012).

4 CÂNDIDO, Joel J.. Direito Eleitoral Brasileiro. Bauru: Edipro, 2008, p.25-26.

5 Fonte: www.tse.gov.br/hotSites/biblioteca/historia_das_eleicoes/capitulos/velha_republica/velha.html. Acesso em 10 de fevereiro de 2012.

6 CHACON, Vamireh. História dos Partidos Políticos. 2ª edição, Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 29;

7 PINTO, Djalma. Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal – Noções Gerais. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

8 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p.157.

9 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manoelo, 2007, p. 436-437.

Conforme salienta Joel Cândido, a Justiça Eleitoral foi extinta, assim como os partidos políticos existentes¹⁰. A eleição para Presidente e para os membros da Câmara dos Deputados voltou a ser indireta (artigos 83 e 47), sendo que o Legislativo passou a ser composto pela Câmara dos Deputados e pelo Conselho Federal (artigo 38, 1º), cujos membros eram escolhidos e nomeados pelo Presidente e por representantes dos Estados-membros¹¹, fatores que denotam a centralização do poder político nas mãos do Chefe do Executivo.

Com fim da 2ª Guerra Mundial e a queda dos regimes totalitários europeus, os ideais democráticos espalharam-se pelo mundo. No Brasil, fortaleceram-se os movimentos que lutavam tanto pelo fim dos instrumentos repressivos trazidos com o Estado Novo quanto pela redemocratização do país.

Nesse período, ante a pressão havida pelos movimentos populares, foi editado pelo então presidente Getúlio Vargas o Decreto-Lei nº 7.586/45, conhecido como Lei Agamenon, que restabeleceu a Justiça Eleitoral e disciplinou as eleições e o alistamento eleitoral.

Em seguida, já com Getúlio Vargas deposto, elegeu-se, em 1945, uma Assembleia Constituinte, que resultou na promulgação da Constituição de 1946. Esta Carta manteve a Justiça Eleitoral, restabelecida pelo Decreto-Lei nº 7.586/45, a qual se encontrou prevista como órgão integrante do Poder Judiciário, atribuindo à União competência privativa para legislar sobre Direito Eleitoral:

“Art. 5º - Compete à União:
 (...)
 XV - legislar sobre:
 a) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho;”
 “Art 94. O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:
 (...)
 IV - Juízes e Tribunais eleitorais;”

Após a Constituição de 1946, que trouxe grande avanço às liberdades individuais dos cidadãos, sobreveio a Constituição de 1967. Oriunda do golpe militar de 1964, a Carta de 1967 modificou profundamente a organização política do país, retornando-se à época das repressão, de forma ainda mais truculenta após a edição do Ato Institucional nº 5.

A eleição presidencial voltou a ser indireta, tendo-se a centralização do poder nas mãos do chefe do Executivo, que governava através de decretos-leis. Os partidos políticos foram dissolvidos, instituindo-se o bipartidarismo, com a criação da Aliança Renovadora Nacional (ARENA), governista, e do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), oposicionista.

Em seguida, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 deu nova redação à Constituição de 1967, outorgando, na realidade, uma nova Constituição, que deu continuidade ao regime militar, ainda mais truculento, verificando-se a censura prévia e repressão política, mediante a indiscriminada cassação dos direitos políticos dos opositores.

Ante a grande restrição às liberdades individuais promovida pelos atos institucionais emitidos pelo governo militar, passaram a se desenvolver no país, na década de 80, movimentos sociais, destacando-se as “Diretas Já”, movimento de 1984, que mobilizou artistas, políticos, jogadores de futebol, entre outros, pelas eleições diretas para Presidente da República, fato que culminou na eleição de Tancredo Neves.

Conforme destaca Flávia Piovesan, “somente em 1988 é que se erigiu um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento da dignidade intrínseca.”¹²

¹⁰ CÂNDIDO, Joel J.. Direito Eleitoral Brasileiro. Bauru: Edipro, 2008, p. 26.

¹¹ Conforme artigo 50, único, da Constituição Federal de 1937, os representantes dos Estados-membros eram indicados pela Assembleia Legislativa. Essa indicação era submetida ao Governador, que poderia vetá-la.

¹² PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 398

Nesse sentido, o artigo 118 e seguintes do Texto Constitucional hoje vigente organizou a estrutura da Justiça Eleitoral no país, sendo que o artigo 14, da Carta Magna, ao tratar dos direitos políticos consignou que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”, assegurando, portanto, a liberdade de escolha dos cidadãos e a ampla participação do povo nas eleições, concretizando o princípio democrático.

Nesse sentido, acerca da evolução do Direito Eleitoral no Brasil, destaca Michel Temer sobre a alternância entre democracia e autoritarismo na história constitucional brasileira, contando ambos, curiosamente, com o apoio popular. Por essa razão, devemos nos precaver para que não retornemos ao autoritarismo, *“verbis”*:

“A histórica constitucional brasileira revela que o Brasil passa por ciclos temporários de democracia e autoritarismo. Foi assim desde a Proclamação da República. A primeira Constituição republicana foi a de 1891, que, para a época, continha preceitos preservadores de direito individuais e de garantias democráticas. Perduraram até 1930, quando começaram desajustes institucionais que levaram à centralização autoritária com a Constituição de 1937. Esse período concentrador persistiu até 1945 quando caiu o regime ditatorial e reinaugurou-se a democracia por meio da Constituição de 18 de setembro de 1946, embora tumultuado, alicerçava-se em Constituição com dizeres democráticos. Chega-se a abril de 1964, com golpe de Estado, que implanta sistema autoritário jogando no chão as liberdades individuais, com desprezo absoluto pela separação de poderes do Estado. Fortaleceu-se o Poder Executivo e, no particular, a figura do Presidente da República. Tal situação perdurou até 1982 quando começaram a elegerem-se governadores de oposição, pela via direta, o que fez crescer o movimento constituinte de que resultou a Constituição de 5 de outubro de 1988, detalhista e pormenorizada no tocante aos princípios democráticos nela contidos.

Este breve relato histórico visa a confirmar a assertiva contida na primeira sentença deste artigo. É curioso notar: quando se buscava

a democracia ou o autoritarismo, tudo se dava com apoio popular, quando não com o próprio pleito direto do povo. Agora, estamos aproximadamente a vinte anos de exercício democrático e convém que tenhamos presente o histórico constitucional brasileiro, como descrito.

Tudo como prevenção. Tudo para impedir que, sociologicamente, a tendência popular caminhe para uma direção que possibilite o autoritarismo. (...)”¹³

Desta forma, realizado um breve panorama acerca da organização política no Brasil, principalmente com relação à Justiça Eleitoral e os direitos políticos, podemos concluir que a Constituição de 1988 resultou em grande avanço à democracia no Brasil, em especial no que diz respeito às garantias individuais e ao direito de voto – universal, direto e secreto -, resguardando o pluralismo político e a livre escolha pelos cidadãos, sendo importante, de fato, voltarmos os olhos aos registros históricos, a fim de tentarmos evitar erros praticados no passado e prosseguirmos aprimorando os instrumentos necessários para a concretização da democracia.

13 TEMER, Michel. Democracia e Cidadania. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 65.

Referências Bibliográficas

JORGE, José Alfredo Luiz. "Causas Legais de Inelegibilidade". Campinas, SP: Millennium, 2004, pp. 37/38.

CÂNDIDO, Joel J.. Direito Eleitoral Brasileiro. Bauru: Edipro, 2008, p.25-26.

CHACON, Vamireh. História dos Partidos Políticos. 2ª edição, Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 29;

PINTO, Djalma. Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal – Noções Gerais. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p.157.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manoelo, 2007, p. 436-437.

CÂNDIDO, Joel J.. Direito Eleitoral Brasileiro. Bauru: Edipro, 2008, p. 26.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 398

TEMER, Michel. Democracia e Cidadania. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 65.

Fonte: www.tse.gov.br/hotSites/biblioteca/historia_das_eleicoes/capitulos/velha_republica/velha.html. Acesso em 10 de fevereiro de 2012.

Dupla Filiação Partidária – Aspectos Relevantes

Sumário

1. Partido Político, Filiação e Dupla Filiação Partidária
 - 1.1. Partido Político
 - 1.2. Filiação Partidária e Dupla Filiação Partidária
 - 1.2.1. Filiação Partidária
 - 1.2.2. Dupla Filiação Partidária
 2. Legislação e Jurisprudência Pertinente
 - 2.1. Legislação
 - 2.2. Jurisprudência
 3. Conclusão
- Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Dupla Filiação Partidária. Nulidade. Interpretação.

Valter Ferreira de Alencar Pires Rebelo - Advogado, com especialização em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Piauí. Doutorando em Direito Processual pela Universidade Federal de Salamanca Espanha. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Piauí. Membro da Escola Nacional de Advocacia. Ex Conselheiro Federal na Ordem dos Advogados do Brasil. Professor, autor de livros e artigos.



Resumo

O presente trabalho versa sobre o parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, que dispõe sobre os partidos políticos e regulamenta os artigos 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. No parágrafo único do artigo 22 verifica-se a inscrição simultânea em dois partidos políticos, chamada de dupla filiação. Analisaremos as definições sobre partido político, filiação e dupla filiação; bem como apresentaremos a legislação aplicável, jurisprudência pertinente à matéria e suas implicações decorrentes dos dispositivos legais. Traçaremos os limites de atuação do legislativo e das disposições jurisprudenciais, dando-se relevância ao fato da aplicação da sanção de nulidade e da determinação do cancelamento de ambas as filiações. Por fim, fomentaremos a discussão sobre a matéria em destaque, por considerarmos ser a mesma de extrema relevância para a aplicação dos mencionados diplomas legais.

1. Partido Político, Filiação e Dupla Filiação Partidária

1.1. Partido Político

Em nosso país os partidos políticos nasceram das disputas entre as famílias Pires e Camargo, que deram origem aos primeiros grupos políticos rivais. O termo "partido político" passou a figurar nos diplomas legais a partir da Segunda República, mas somente após a promulgação do Decreto-Lei nº 7.586, os partidos passaram a ter o monopólio da indicação dos candidatos¹.

Historicamente, o Brasil teve sete períodos partidários, a saber: Monarquia, Primeira República, a da Segunda República, a da Quarta República, a do Golpe Militar (com o bipartidarismo), a da Reforma de 1979 e a sétima e atual, que iniciou em 1985, com a Emenda Constitucional nº 25, marcada pela expansão do pluripartidarismo².

Com o advento da Constituição de 1988, o pluralismo político foi firmado, e, conseqüentemente, as agremiações partidárias adquiriram o status de garantia fundamental.

Neste sentido explica Francisco de Assis Sanseverino:

A Constituição prevê, como fundamento de Estado Democrático de Direito, entre outros o pluralismo político (art. 1º, V). E, como desdobramento do Princípio Democrático, no art. 17, *dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais*, prevê os Partidos Políticos³.

Os princípios fundamentais tratados no artigo primeiro do Título I da nossa Carta Magna, encontramos no inciso V, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o pluralismo político, incluindo no seu significado a ideia de pluralidade de partidos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

V - o pluralismo político.

No Título II, Capítulo IV, que dispõe sobre os direitos políticos, foi inserida no artigo 14, §3º, V, a filiação partidária como condição de elegibilidade, ou seja, condição exigida para que um eleitor possa se candidatar a cargo eletivo, assim vejamos:

Art. 14. (...)

(...)

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

(...)

V - a filiação partidária;

Em seguida, no Capítulo V do mesmo título, foram prescritas diretrizes que regem os partidos políticos, na forma do seu artigo 17:

"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:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

¹ Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: http://www.tse.gov.br/institucional/centro_memoria/historia_eleicoes_brasil/os_partidos_politicos/os-partidos-politicos.html. Acesso em: 14/09/08.

² *op. cit.*

³ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. Direito Eleitoral. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p.214

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar”.

No citado dispositivo, delineiam-se as características gerais dos partidos, pois a própria carta constitucional deixou ao arbítrio dessas agremiações a definição de sua estrutura interna, organização e funcionamento e, ainda, determinou que nos seus estatutos fossem estabelecidas as normas sobre disciplina e fidelidade partidárias.

Somente em 1995, os artigos 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal, foram regulamentados pela Lei nº 9.096 que dispõe sobre partidos políticos, como explica Francisco de Assis Vieira Sanseverino:

Posteriormente, a Constituição foi regulamentada, neste ponto, com o advento da Lei nº 9.096/95 (LOPP). A qual dispõe sobre a autonomia dos partidos políticos nos temas que dizem respeito à sua organização interna⁴.

No seu artigo 1º, a lei de organização partidária define partido político da seguinte maneira:

Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição federal.

Da sua definição legal, portanto, extrai-se a sua finalidade e natureza jurídica, que é a de pessoa jurídica de direito privado: “Os partidos políticos adquirem personalidade jurídica na forma da lei civil, após, dá-se o registro no Tribunal Superior Eleitoral (art. 17, § 2º, CF)”⁵. Porém, o conceito de partido político não se resume à sua natureza e finalidade; possui um significado mais abrangente, como ensina Djalma Pinto:

Os partidos políticos, pessoas jurídicas de direito privado, são associações de pessoas unidas por ideais comuns, que buscam atingir o poder para conduzir os interesses da sociedade de acordo com certos princípios ou gerenciar o Estado segundo prioridades que julgam adequadas para determinado momento⁶.

Pelo exposto podemos concluir que não há no diploma constitucional ou legal, uma concepção de partido político que atinja seu significado integral. Tarefa esta que de forma transversa fica a cargo dos doutrinadores. Neste sentido podemos citar o posicionamento de Vera Maria Nunes Michels:

Podemos entender, assim, que o partido político, como pessoa jurídica de direito privado, é um grupo social de relevante amplitude, destinado à arregimentação coletiva, em torno de ideias e de interesses, para levar seus membros a compartilhar do poder decisório nas instâncias governamentais⁷.

Assim podemos, em poucas palavras, delimitar que o partido político forma-se por um grupo de pessoas unidas, livremente, que comungam de ideais comuns e que pretendem ver aplicado na prática suas propostas e convicções na condução do país.

1.2. Filiação Partidária e Dupla Filiação Partidária

1.2.1. Filiação Partidária

A Constituição Federal de 1988 dispõe como condição de elegibilidade a filiação a um partido político, a chamada filiação partidária. A Lei nº. 9.096/95, no seu art. 18, dispõe: “*Para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcional*”.

4 op. cit p.217.

5 op. cit p.216.

6 PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.93

7 MICHELS, Vera Maria Nunes. **Direito Eleitoral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.157.

A filiação partidária consolida-se por meio da inscrição do eleitor, nascendo assim direitos e deveres à ambas as partes, consistindo na conexão que une o cidadão a um determinado partido político.

A Constituição Federal, em seu artigo 14, §3º, inciso V, que assim prevê:

Art. 14. (...)
 (...)

 § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:
 (...)
 V - a filiação partidária;

A Lei nº 9.096/95, disciplinadora da organização partidária, dispõe sobre a filiação nos artigos 16 a 22, prescrevendo deste a filiação a partido até o cancelamento imediato da filiação partidária.

Aos partidos políticos é dada a faculdade de eleger as normas de sua estrutura interna, dentro dos limites estabelecidos no parágrafo 1º do artigo 17 da Constituição Federal.

“(...)

 § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

A independência dada ao partido político na elaboração de suas normas de estrutura encontram-se também dispostas no artigo 14 da Lei n. 9.096/95.

Art. 14. Observadas as disposições constitucionais e as desta Lei, o partido é livre para fixar, em seu programa, seus objetivos políticos e para estabelecer, em seu estatuto, a sua estrutura interna, organização e funcionamento.

No inciso II do artigo 15, a LOPP, mais uma vez destacou a necessidade de se estabelecer no estatuto do partido o dispositivo pertinente a filiação e desligamento de seus membros.

Art. 15. O Estatuto do partido deve conter, entre outras, normas sobre:
 (...)

 II - filiação e desligamento de seus membros;

O legislador atribuiu ao partido político a independência ao instituir as regras que irão reger a filiação de um eleitor a sua agremiação e, também, as de desfiliação, assim, constatamos que a filiação a um partido político está condicionada as regras ditadas pelo seu próprio estatuto, que por sua vez deverá respeitar os ditames previstos nas leis específicas.

1.2.2. Dupla Filiação Partidária

A Constituição Federal no parágrafo primeiro do artigo 17, determina que os partidos devem estabelecer nos seus estatutos normas sobre disciplina e fidelidade partidária, o que sugere ser a filiação restrita a apenas um partido político, não sendo permitida a inscrição do eleitor a duas ou mais agremiações, o que configuraria a dupla filiação.

O parágrafo único do artigo 22 da Lei n. 9.096/95, que dispõe sobre os partidos políticos, prescreve o procedimento a ser adotado para que ao filiar-se a outro partido o eleitor não se coloque em situação de duplicidade de filiações, nos seguintes termos:

Art. 22. (...)
 (...)

 Parágrafo único. Quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação; se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos.

Da leitura do artigo, depreende-se que existem duas formas de cancelamento da inscrição ao partido político que são reguladas pela lei, e que para cada uma delas

exige-se o respeito ao respectivo procedimento de desfiliação. Uma verifica-se com o desligamento antes da filiação ao novo partido e a outra quando a desfiliação ocorre posteriormente à inscrição a outro partido, como ensina Djalma Pinto:

Para desligamento do partido, a lei disponibiliza duas formas que acabam, visivelmente, por estimular a troca de agremiações no ano que antecede o pleito, a saber: (a) o filiado comunica por escrito seu desligamento ao Juiz Eleitoral da Zona de sua inscrição e ao órgão de direção municipal de seu partido. Após dois dias da entrega dessa comunicação, tem-se por extinto o vínculo partidário; (b) o (p. 155) cidadão se filia em outro partido, comunicando seu desligamento à agremiação partidária e ao Juiz Eleitoral de sua respectiva zona, no dia imediato ao da nova filiação. A não-comunicação no dia imediato acarreta a configuração de dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas (parágrafo único do art. 22, da Lei nº 9.096/95)⁸.

Não sendo cumprida a exigência legal contida na segunda parte do parágrafo único do referido artigo, a lei estabelece que estará configurada a dupla filiação partidária, prescrevendo sanção para a sua ocorrência. A vedação do ordenamento jurídico brasileiro justifica-se pelo instituto da fidelidade partidária, que exige que o eleitor seja fiel ao seu partido.

Assim, a dupla filiação se caracteriza quando o eleitor não procede conforme a lei e permanece inscrito em dois ou mais partidos ao mesmo tempo.

A disciplina que vigora hoje para a situação da duplicidade de filiação partidária é a de que, verificada a sua incidência, consideram-se as duas filiações nulas para todos os efeitos, conforme a parte final do já citado parágrafo único do artigo 22 da Lei n. 9.096/95.

Desse modo, constatada a duplicidade de filiações, automaticamente serão ambas declaradas nulas, ficando o eleitor sem inscrição a qualquer partido político.

Quando a configuração da dupla filiação ocorrer com um candidato a cargo eletivo, estará ele impedido de concorrer ao pleito, se a anulação de ambas ocorrer dentro do prazo de um ano antes do pleito, pois como se sabe, a filiação partidária é condição de elegibilidade prevista na Constituição Federal. Djalma Pinto, então, conclui que "A filiação deve ser única. A dupla filiação acarreta a nulidade de ambas e, por via de consequência, a inelegibilidade"⁹.

Destaca-se, porém, que não há previsão de sanção na legislação vigente para o caso de uma terceira filiação, ou seja, a de o eleitor encontrar-se filiado a três partidos políticos. Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira comenta entendimento do TSE sobre a situação de uma terceira filiação, e a chamou de triplicidade de filiações:

No caso de tripla filiação, o TSE, no Recurso Especial 16.477, entendeu que a duplicidade provoca a nulidade das duas primeiras, para ambos os efeitos, logo, sua filiação a um terceiro partido é absolutamente legal, uma vez que "estava naquele momento sem partido e completamente livre para procurar a legenda que bem entendesse"¹⁰.

Aquele que se encontra filiado a três partidos políticos ao mesmo tempo, portanto, estará com sua última inscrição em condições legais de exercício, como também aquele que apresentando dupla filiação, filia-se a um terceiro partido, para escapar do alcance da sanção legislativa.

Não há previsão legal de qual o processo a ser adotado no caso de duplicidade de filiação, ficando a cargo das resoluções, porém imprescindível o respeito ao contraditório e a ampla defesa como ensina Thales Tácito Luz de Pádua Cerqueira ao comentar o assunto:

A Lei 9096/95 silencia, mas deve observar a CF/88, artigo 5, LV, com contraditório e ampla defesa ao procedimento iniciado, devendo ser o mesmo intimado da decisão, para, querendo, recorra (Acórdão 19.368 e

8 PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.154.

9 *op.cit.* p.153.

10 CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes de Pádua. Partidos Políticos. Disponível em: www.portal-tcc.com.br. Material da 1ª aula da Disciplina Partidos Políticos e Reforma Política-Eleitoral, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Eleitoral – UNISUL/REDE LFG.

19.377, de 11/9/2001 – Rel. Min. Fernando Neves)¹¹.

Logo, nos casos de duplicidade de filiação, apesar de constatada a omissão legislativa, é necessário o respeito aos princípios processuais constitucionais, sobretudo o do contraditório e da ampla defesa e, também, ao disposto nas resoluções respectivas.

2. Legislação e Jurisprudência Pertinente

2.1. Legislação

Quanto à legislação aplicável, merece menção a revogada Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, alterada pela Lei nº 6.767, de 20 de dezembro de 1979, que deu nova redação ao artigo 69, inserindo dentre os casos de cancelamento automático da filiação partidária, a filiação a outro partido:

Art. 69. O cancelamento da filiação partidária verificar-se-á, automaticamente, nos casos:
(...)
IV - de filiação a outro partido.

Em 1982, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu a Consulta nº 6.490 estabelecendo que:

Ocorrendo dupla inscrição partidária será automaticamente cancelada a mais antiga (LOPP, art. 69, IV, com redação dada pela Lei nº 6.767/79), mesmo que não tenham sido cumpridas as exigências do artigo 67 da mesma lei. (Resolução nº 11.338 de 24 de junho de 1982)

Dessa forma, era muito simples o procedimento para tratar dos casos de filiação concomitante a dois partidos, pois, verificada sua ocorrência, o cancelamento da filiação anterior era automático, permanecendo a inscrição ao último partido.

A antiga Súmula 14 do TSE prescrevia que só ficava caracterizada a duplicidade de filiações se a nova filiação ocorresse após a remessa das listas de filiados; ou seja, aplicou-se uma interpretação mais elástica:

Súmula nº 14 (Cancelada)

NE : A Súmula nº 14, publicada no *DJ* de 25, 26 e 27.9.96, foi cancelada pela Res.-TSE nº 21.885/2004. Assim determinava: "A duplicidade de que cuida o parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 9.096/95 somente fica caracterizada caso a nova filiação houver ocorrido após a remessa das listas previstas no parágrafo único do artigo 58 da referida lei".

Atualmente, entretanto, vimos que a Lei nº 9.096/95 é a que regula o assunto, e o aborda no parágrafo único do seu artigo 22:

Art. 22. O cancelamento imediato da filiação partidária verifica-se nos casos de:
(...)

Parágrafo único. Quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação; se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos.

Em resposta à Consulta nº 927, o Tribunal Superior Eleitoral ratificou o disposto no referido preceito legal quanto à configuração da dupla filiação e à aplicação da sanção pela sua ocorrência:

Quem se filia a novo partido "deve fazer comunicação ao partido e ao Juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação; se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos", nos precisos termos do parágrafo único do art. 22 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Lei dos Partidos Políticos. (Resolução TSE n. 21.572/03, Consulta n. 927 – Classe 5ª – DF, rel. originária Min. Ellen Gracie, rel. para a resolução Min. Luiz Carlos Madeira)

¹¹ *op.cit.*

Esse posicionamento rígido da norma e de sua exegese caracteriza uma mudança substancial em relação ao anterior regramento sobre a troca de agremiação. A mudança normativa visa, sobretudo, coibir a infidelidade partidária.

Todavia, quando se trata de filiações concomitantes em que uma delas foi firmada sob a égide da Lei n. 5.682/71, o Tribunal Superior Eleitoral adotou o entendimento de que não ficaria configurada a duplicidade de filiação:

“(...) Registro. Duplicidade de filiação partidária. Não configura duplicidade de filiação a adesão a partido político na vigência da Lei no 5.682/71 e, posteriormente, a outro, quando já vigorava a Lei no 9.096/95. Havendo adesão a partidos distintos sob a égide da Lei no 9.096/95, há duplicidade de filiação. (...)” (Ac. no 23.502, de 21.9.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, red. Designado Min. Luiz Carlos Madeira.)

A necessidade desse posicionamento se deu pelo fato de existirem filiações efetivadas sob a vigência da Lei n. 5.682/71.

Ao tratar das instruções para fundação, organização, funcionamento e extinção dos partidos políticos, a Resolução TSE n. 19.406, de 5.12.95, no parágrafo quinto do seu artigo 36, com redação dada pela Resolução nº 22.086, de 20.9.2005, fixa o procedimento a ser adotado quando constatada a dupla filiação:

Art. 36. Nos dias 8 a 14 dos meses de abril e outubro de cada ano, durante o expediente normal dos cartórios, o partido, por seus órgãos de direção municipais, regionais ou nacional, enviará ao juiz eleitoral da respectiva zona, para arquivamento e publicação na sede do cartório, a relação atualizada dos nomes de todos os seus filiados na respectiva zona eleitoral, da qual constará, também, o número dos títulos eleitorais e das seções em que estão inscritos e a data do deferimento das respectivas filiações (Lei nº 9.096/95, art. 19, caput, redação dada pela Lei nº 9.504/97, art. 103). (Artigo com redação alterada pela Resolução nº 22.086,

de 20.9.2005).

(...)

§ 5º Constatada a ocorrência de dupla filiação, após a devida instrução, o chefe de cartório dará ciência ao juiz, que, de imediato, declarará a nulidade de ambas, determinando comunicação aos partidos interessados e ao eleitor (Lei nº 9.096/95, art. 22, parágrafo único).

A Resolução nº 21.574, de 27.11.2003, que dispõe sobre o Sistema de Filiação Partidária, também estabelece as medidas a serem adotadas no caso de duplicidade de filiações no § 1º do artigo 6º, alterado pela Res. TSE n. 22.085/2005:

Art. 6º A comunicação obrigatória do eleitor que se filia a outro partido ao juiz eleitoral da zona em que é inscrito, com a finalidade de cancelamento da filiação anterior, recebida no cartório até o dia imediato ao da nova filiação, ensejará o correspondente registro de desfiliação na última relação do partido, anteriormente arquivada no sistema.

§ 1º Quando a comunicação de que trata o *caput* for recebida no cartório após o dia imediato ao da nova filiação, o sistema alterará a situação da filiação anotada para o partido anterior, que passará a figurar como *sub judice*, e gerará comunicação de ocorrência relativa à duplicidade de filiações, nos termos do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 9.096/95, a ser imediatamente submetida ao juiz eleitoral para decisão.

Dessa forma, caso o eleitor comunique sua desfiliação após o dia seguinte ao da nova inscrição, a filiação anterior passará a figurar como *sub judice* e será submetida ao juiz eleitoral para decisão.

2.2. Jurisprudência

Observando o posicionamento de alguns tribunais regionais eleitorais, constata-se geralmente um rigor na aplicação do parágrafo único do artigo 22 da Lei n. 9.096/95, como também é o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, e nesse sentido, em voto exarado na já citada Consulta n. 927, o então Ministro Fernando Neves confirmou:

A matéria relativa à caracterização de duplicidade de filiações já foi, por diversas vezes, objeto de exame nesta Corte, tendo a jurisprudência se posicionado pela aplicação rigorosa das regras contidas na Lei nº 9.096/95 quanto às exigidas comunicações. A orientação que foi seguida nas eleições municipais de 2000 consolidou-se, no julgamento do Recurso Especial nº 16.410, de 12.9.2000, relator o Ministro Waldemar Zveiter, tendo sido seguida também no pleito de 2002 (Acórdão nº 19.556, de 18.6.2002). Em ambas, fiquei vencido. (Resolução TSE n. 21.572/03, Consulta n. 927 – Classe 5ª – DF, rel. originária Min. Ellen Gracie, rel. para a resolução Min. Luiz Carlos Madeira)

O entendimento assentado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro é um dos exemplos dessa interpretação mais rígida do dispositivo legal em comento:

FILIAÇÃO. DUPLICIDADE. NULIDADE. CARACTERIZAÇÃO.

- Recurso que objetiva a reforma de decisão que cancelou as filiações partidárias da recorrente.

- Quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva zona eleitoral até o dia imediato ao da nova filiação, sob pena de incidir em dupla filiação partidária (art. 22, parágrafo único, da Lei nº 9.096/95). (Acórdão 34.538 – TRE/RJ 24/06/2008 rel. Luiz Umpierre de Mello Serra)

O Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina demonstrou uma flexibilização na interpretação da norma quando, em decisão recente, defendeu ser insuficiente para configurar a dupla filiação a comunicação de desfiliação posterior à filiação ao novo partido, nos seguintes termos:

- RECURSO - ALEGAÇÃO DE DUPLA FILIAÇÃO PARTIDÁRIA - SUPOSTA INOBSERVÂNCIA DO PRAZO EXIGIDO PELO ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 9.096/1995 - DATA DA NOVA FILIAÇÃO ANTERIOR A DA DESFILIAÇÃO DO ANTIGO PARTIDO - ELEMENTOS PROBATÓRIOS A DEMONSTRAR TER OCORRIDO A COMUNICAÇÃO DA

DESFILIAÇÃO À JUSTIÇA ELEITORAL E AO ANTIGO PARTIDO ANTES DA REMESSA DA LISTA DE FILIADOS - FORMALIDADES LEGAIS ATENDIDAS - NOVA FILIAÇÃO VÁLIDA - DESPROVIMENTO.

O fato do eleitor ter entregue a comunicação de desfiliação em data posterior à data nova filiação é insuficiente para configurar a duplicidade de vínculos partidários, quando há provas seguras de que essa informação foi levada ao conhecimento do antigo partido antes de iniciado o prazo para remessa da listagem de filiados à Justiça Eleitoral, previsto pelo art. 19 da Lei n. 9.096/1995 [TRESC Ac. n. 22.156, de 20.5.2008]. (ACÓRDÃO 22731 TRE/ SC, de 04/09/2008, rel. Cláudio Barreto Dutra)

No mesmo sentido, o Tribunal Superior Eleitoral pronunciou-se no ARESPE nº 22.375, *in verbis*:

Havendo o candidato feito comunicação de sua desfiliação à Justiça Eleitoral e à agremiação partidária antes do envio das listas a que se refere o art. 19 da Lei nº 9.096/95, não há falar em dupla militância. (ARESPE nº 22.375, PR, de 24-9-2004, rel. originário Min. Carlos Velloso. Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes.)

Pelo exposto, verifica-se que a tendência de alguns tribunais é de aplicação rigorosa do dispositivo legal, enquanto outros já permitem uma ampliação da interpretação, tornando menos rígida sua incidência, com a adaptação a cada caso concreto.

O Tribunal Superior Eleitoral, na aplicação imediata da sanção legal em caso de duplicidade sem a observância do contraditório, manifestou-se no sentido de que deve-se respeitar o princípio básico insculpido na Carta Magna do contraditório.

Reiterando a imprescindibilidade do contraditório, David Magalhães de Azevedo, ensina que há exigência normativa de se submeter o caso ao Juiz Eleitoral para que ordene a instrução e só então decida:

O sistema jurídico vigente determina seja o caso submetido ao Juiz Eleitoral de 1º Grau,

detentor do juízo natural para processar e decidir questões que tais; único, portanto, com a imprescindível competência, o qual, somente após ordenar a pertinente instrução, estará apto a decidir¹².

O autor cita como exemplo o Recurso Especial interposto contra Acórdão do TRE/PI que o TSE sequer conheceu:

EMENTA: REGISTRO – DUPLICIDADE DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA – FALTA DE CONTROLE OPORTUNO PELA JUSTIÇA ELEITORAL.

Compete à Justiça Eleitoral providenciar com rapidez as providências previstas nos parágrafos do art. 36, da Resolução TSE 19.406/95. Não o fazendo oportunamente **não é justo que venha a fazê-lo quando do pedido de registro de candidatura.**

A comunicação de desfiliação ao Partido Político e à Justiça Eleitoral, ainda que fora do prazo, extingue, para todos os efeitos a filiação partidária.

Deve prevalecer a manifestação de vontade do eleitor em manter-se filiado a determinado partido político, quando suas filiações, em caso de duplicidade, não foram oportunamente anuladas pela Justiça Eleitoral, principalmente nos casos em que os autos demonstram claramente a militância em determinada agremiação, em detrimento daquela que caiu em desuso.

Por unanimidade'

(...)

A decisão recorrida entendeu que a comunicação, ainda que fora do prazo, impede a declaração de nulidade das filiações, mormente porque o Cartório Eleitoral não verificando a existência da duplicidade, não procedeu como determinado no § 1º do art. 36 da Resolução nº 19.406/95.

Entretanto, o recorrente apenas alega a falta de comunicações tempestivas, **deixando de atacar o fundamento que diz com a impossibilidade de se declarar a nulidade das filiações em sede de pedido de registro,** se a duplicidade não tiver sido detectada e declarada pela própria Justiça Eleitoral.

Ante o exposto, não conheço do presente recurso especial, com base no art. 36, § 6º

do art. 36 do RITSE.

Brasília, 25 de Setembro de 2000

Ministro **FERNANDO NEVES**, Relator"
(TSE. RESPE nº 17706)¹³

Esta decisão do Tribunal Superior Eleitoral teve como relator o então Ministro Fernando Neves, que apresenta uma interpretação mais branda da legislação, como na referida situação em que o Cartório Eleitoral não adotou o procedimento previsto no parágrafo primeiro do artigo 36 da Resolução n. 19.406/95.

Podemos considerar de grande relevância a posição do Tribunal Superior Eleitoral quando configurada a má fé do partido político na não comunicação da desfiliação partidária, que assim tem se pronunciado:

Legitimidade

"Recurso especial. Filiação. Duplicidade. Comunicação à Justiça Eleitoral.

Ausência. Partido. Desídia. A falta de comunicação da desfiliação partidária à Justiça Eleitoral conduz a duplicidade de filiação (art. 22, parágrafo único, da Lei no 9.096/95). Comprovadas, entretanto, a desfiliação de fato ocorrida há vários anos e a má-fé do partido abandonado, a dupla filiação não se tipifica." *NE:* Pedido de exclusão de nome da relação de filiados do PTB. O partido político, intimado, quedou-se inerte, não se manifestando, também, por ocasião da sentença que reconheceu caracterizada a duplicidade de filiação. "Somente após o acórdão que afastou essa situação, o PTB compareceu aos autos para interpor recurso especial, pleiteando a duplicidade mencionada." Afastamento da preliminar de ilegitimidade do recorrente. ¹⁴

(*Ac. no 21.664, de 9.9.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.*)

Pelos aspectos legais e doutrinários levantados observamos, que na prática, os Tribunais adotam diferentes posicionamentos quanto à aplicação do parágrafo único do artigo 22 da Lei n. 9.096/95, o que nos leva a refletir sobre a necessidade de uma nova interpretação do seu texto ou um aprimoramento de sua redação.

¹² AZEVEDO, David Magalhães de. Considerações acerca da duplicidade de filiação e implicações no registro de candidatura. Maceió, agosto de 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8854>. Acesso em 22/09/2008.

¹³ *op. cit.*

¹⁴ Disponível em http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/temas_selecionados/2.pdf. Acesso em 23/08/2009.

3. Conclusão

A Carta Magna de 1988, declinou como um dos fundamentos da república Federativa do Brasil, o pluralismo político, e, conseqüentemente assim consolidando o pluripartidarismo. Neste sentido elevou-se os partidos ao papel de destaque na democracia brasileira, que para se fazer existente exige a filiação partidária como condição de elegibilidade.

Os partidos políticos adquiriram autonomia para a criação e extinção de seus estatutos, neles estabelecendo regras de estrutura, organização e funcionamento, sendo portanto, neles disciplinados a fidelidade partidária e sua desfiliação.

A autonomia auferida aos partidos políticos na elaboração de suas normas de estrutura encontram-se também dispostas no artigo 14 da Lei n. 9.096/95, denota-se à atribuição ao partido político da natureza jurídica de direito privado, retirando-se da Justiça Eleitoral a competência para fiscalizar as questões partidárias internas, permitindo que as informações prestadas pelas agremiações prevaleçam sobre as concedidas pela justiça.

Por tratar-se de assunto de considerável peso e com reflexos que atingem diretamente os rumos do País, o mesmo é pauta de muitas discussões e de constantes debates entre os juristas.

Os tribunais, em geral, vêm se mantendo fiéis aos rigores legais na interpretação do parágrafo único do artigo 22 da Lei n. 9.096/95, muito embora existam expoentes contrários, quando observados fatos relevantes e de conteúdo sustentável.

Aos partidos políticos cumpre a função de auxiliar o processo eleitoral, sem qualquer envolvimento de caráter pessoal, devendo estes cumprirem de forma rigorosa e integral as diretrizes previstas em seus estatutos, enquanto que à Justiça Eleitoral deve desempenhar seu papel, respeitando os princípios constitucionais de

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na busca de garantir ao cidadão o efetivo cumprimento dos dispositivos legais

Sem a intenção de esgotar a matéria, mas no intuito de fomentar a reflexão quanto a interpretação do parágrafo único do artigo 22 da Lei n. 9.096/95, abordamos os pontos explanados na medida em que os consideramos relevantes e por fim concluímos: um país democrático se constrói com a participação ativa da sociedade em harmonia com os três poderes, e que somente juntos, cada qual cumprindo o seu papel é que caminharemos para um futuro com iguais oportunidades para cada um dos cidadãos.

Referências Bibliográficas

AGLANTZAKIS, Luciana Costa. **Dupla filiação e decisões divergentes nos Tribunais Eleitorais: considerações jurídicas sobre o art. 22, parágrafo único, da Lei n. 9.096/1995.** Disponível em: <http://www.tre-sc.gov.br/site/fileadmin/arquivos/biblioteca/doutrinas/luciana.htm>. Acesso em: 14/09/2008.

AZEVEDO, David Magalhães de. **Considerações acerca da duplicidade de filiação e implicações no registro de candidatura.** Maceió, agosto de 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8854>. Acesso em 22/09/2008.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro.** São Paulo: Edipro, 2008.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes de Pádua. **Partidos Políticos.** Disponível em: www.portaltcc.com.br. Material da 1ª aula da Disciplina Partidos Políticos e Reforma Política-Eleitoral, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Eleitoral – UNISUL/REDE LFG.

DAL POZZO, Antônio Araldo F. *et al.* **Lei Eleitoral.** São Paulo: Saraiva, 2000.

DECOMAIN, Pedro Roberto. PRADE, Péricles. **Comentários ao Código Eleitoral.** São Paulo: Dialética, 2004.

GONÇALVES, Guilherme de Salles *et al.* **Direito Eleitoral Contemporâneo.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo.** Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

MARTINS, Marcelo Dias. **Dupla Filiação Partidária – Ainda breves considerações.** Resenha Eleitoral - Nova Série, v.13, 2006. Disponível em: <http://www.tre-sc.gov.br/site/institucional/publicacoes/artigos->

[doutrinarios-publicados-na-resenha-eleitoral/resenhas/v-13-2006/doutrina/dupla-filicacao-partidaria/index.html](http://www.tre-sc.gov.br/site/institucional/publicacoes/artigos-doutrinarios-publicados-na-resenha-eleitoral/resenhas/v-13-2006/doutrina/dupla-filicacao-partidaria/index.html). Acesso em: 23/09/2008.

MICHELS, Vera Maria Nunes. **Direito Eleitoral.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral.** 8ª ed. Niterói: Impetus, 2008.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. **Direito Eleitoral.** 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

SCHAEFER, Des. João José Ramos. Ex-Presidente do TRES. RESENHA ELEITORAL - Nova Série, v.4, n.1 (jan./jun. 1997). **As Principais Questões Julgadas em 1996.** Disponível em: <http://www.tre-sc.gov.br/site/institucional/publicacoes/artigos-doutrinarios-publicados-na-resenha-eleitoral/resenhas/v4-n1-janjun-1997/as-principais-questoes-julgadas-em-1996/index.html>. Acesso em: 20/09/2008

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito Eleitoral Contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TELES, Ney Moura. **Direito Eleitoral.** 2ª ed. São Paulo: Editora De Direito, 1996.

(In) Fidelidade Partidária

Sumário

1. Introdução
 2. Mandato Eletivo
 3. Mandato Partidário
 4. Fidelidade Partidária
 - 4.1. Histórico
 - 4.1.1. Direito Comparado
 - 4.1.2. Direito Brasileiro
 - 4.1.2.1. Infidelidade Partidária entre 1988 e 2007
 - 4.1.2.2. Infidelidade Partidária entre 2007 e 2012
 - 4.2. Campo de Aplicação
 - 4.3. Infidelidade ao Partido Político
 - 4.4. Processo de Justificação da Desfiliação Partidária
 - 4.5. Modulação da Eficácia Temporal da Decisão do STF
 5. Conclusão
- Referencias Bibliográficas

Guilherme Peña de Moraes - Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em exercício na Assessoria de Assuntos Institucionais da Procuradoria-Geral de Justiça fluminense. Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC – Rio). Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Fordham School of Law – Jesuit University of New York (FU/NY). Autor, dentre outras obras, de Curso de Direito Constitucional, 4a ed., e de Justiça Constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais, ambas publicadas pela Editora Atlas.



1. Introdução

O Direito Eleitoral, como ramo didaticamente autônomo da Ciência Jurídica cujas investigações científicas giram em torno dos direitos políticos (*ius civitatis*),¹ é informado por três princípios constitucionais especiais ou setoriais, quais sejam: moralidade, anualidade eleitoral e fidelidade partidária, à luz dos arts. 14, § 9º, 16 e 17, § 1º, *in fine*, da Constituição da República.

Moralidade eleitoral, porque a vida pregressa dos candidatos deve ser considerada para efeito de investidura em mandato público eletivo, a fim de salvaguardar a probidade administrativa, a idoneidade moral para o desempenho do encargo, a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de cargo, emprego ou função na Administração Pública direta ou indireta.

Anualidade eleitoral, porque as emendas constitucionais e leis, e não também as resoluções decorrentes do poder normativo da Justiça Eleitoral, que alterem o processo eleitoral (alistamento, votação, apuração e diplomação) devem ser publicadas um ano antes da eleição, sob pena de não serem aplicáveis ao pleito do ano vindouro.

Fidelidade partidária, porque os filiados de um partido político não podem se opor às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção nem deixar o partido político sob cuja legenda foram eleitos. Outrossim, nas Casas Legislativas, por atitudes ou votos, os integrantes de bancada de um partido político devem subordinar a sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos da agremiação, na forma do estatuto partidário.² Pelo fio condutor do mandato eleti-

¹ Os direitos políticos são direitos fundamentais próprios do homem-cidadão, porquanto titularizados e exercidos por pessoas que participam da vida política e da organização governamental e administrativa do Estado democrático, tais como os direitos de votar (*ius suffragii*), de ser votado (*ius honorum*), ao cargo (*ius ad officium*) e no cargo eletivo (*ius in officium*). Face ao exposto, "direito político não é somente a faculdade de ser eleito e de eleger, é também a faculdade de ser chamado para os cargos públicos, ou seja, membros de um dos Poderes criados pela Constituição", e de neles se manter. SILVA, João Manuel Pereira da. *Obras Literárias e Políticas. Antologia*. v. II. Rio de Janeiro: Baptiste Louis Garnier, 1862. p. 263.

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 78.

vo-partidário, não somente no Direito Eleitoral Brasileiro, mas também no Direito Eleitoral Comparado, a questão da fidelidade será examinada no artigo científico que ora vem a lume.

2. Mandato Eletivo

O mandato eletivo a que se referem os arts. 27, § 1º, 28, *caput*, 29, inc. I, 32, § 2º, 44, parágrafo único, 46, § 1º, e 82, *caput*, da Constituição da República, à semelhança do mandato civil de que trata o art. 653, *initio*, do Código Civil, é lastreado na *fiducia* ou *trust*, uma vez que a alguém são confiados poderes para atuar em nome de outrem.³

Não se desconhece, contudo, que o mandato privado é qualificado como vinculado e revogável,⁴ ao inverso do mandato político, que é exercitado de forma livre, não se lhe admitindo, em linha de princípio, a revogação.

^{5 6}

3. Mandato Partidário

O mandato eletivo, considerando a diferenciação entre a titularidade e o exercício, bem assim a margem de liberdade que ao exercente é confiada pelos titulares do poder político, é subdividido em mandato imperativo, mandato representativo e mandato partidário.

O mandato imperativo, defendido por Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778), era externado pelo vínculo de subordinação do eleito aos eleitores que lhe conferiram o mandato, na medida em que aquele deveria estrita obediência a vontade destes. O mandato eletivo, pois, direcionar-se-ia à salvaguarda de interesses corporativos, de maneira que o eleito atuaria em favor apenas

daqueles que o elegeram. No pensamento rousseauiano, “têm razão os que pretendem não ser um contrato, em absoluto, o ato pelo qual um povo se sujeita aos seus chefes. Isso não passa, de modo algum, de uma comissão, de um emprego, no qual, como simples funcionários do soberano, exercem em seu nome o poder de que eles fez depositários, e que pode limitar, modificar e retornar quando melhor lhe aprouver. Sendo incompatível com a natureza do corpo social, a alienação de um tal direito é contrário ao objetivo da associação”.⁷

O mandato representativo, delineado por Emmanuel Joseph Sieyès (1748 – 1836), era exteriorizado pelo vínculo de confiança dos eleitores no eleito para o desempenho do mandato, uma vez que um não prescindiria de uma necessária correlação com as expectativas dos outros. O mandato eletivo, portanto, dirigir-se-ia à representação popular, de sorte que o eleito atuaria em favor de todos os cidadãos. No pensamento sieyeano, “seis milhões de cidadãos ativos, repartidos sobre mais de vinte e cinco mil léguas quadradas, não podem se reunir em Assembleia. Dentro dessa perspectiva, é natural que eles não podem aspirar senão a uma legislatura por representação popular”.⁸

O mandato partidário, devotado à Hans Kelsen (1881 – 1973), é evidenciado pelo monopólio das candidaturas a mandatos eletivos pelos partidos políticos, que dispõem, *quid inde*, de natureza partidária ou institucional. No pensamento kelseniano, “em todas as democracias, uma evolução irresistível leva a organização do povo em partidos. A evolução democrática faz, sim, com que a massa dos indivíduos isolados se agrupe e se constitua em partidos políticos desencadeando todas as forças sociais que, de algum modo, podem ser chamadas de povo”.⁹

³ MARMITT, Arnaldo. Mandato. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 11.

⁴ LANDIN, Francisco. Mandato Civil. Campinas: Aga Juris, 2000. p. 23.

⁵ AIETA, Vânia Siciliano. Mandato Eletivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 21.

⁶ Excepcionalmente, a revogação do mandato político, em determinados sistemas jurídicos contemporâneos, pode ser obtida pelo recall, traduzido como “revogação política popular de mandato eletivo”, ou seja, destituição de um representante eleito no curso do mandato. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação Política. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 237.

⁷ ROUSSEAU Jean Jacques. Du Contrat Social. Amsterdam: Marc Michel Rey, 1762. p. 74-75.

⁸ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. Dire de l'abbé Sieyes, sur la question du veto royal, a la séance du 7 septembre 1789. Paris: Baudouin, 1789. p. 109.

⁹ KELSEN, Hans. General Theory of Law and State. Cambridge: Harvard University Press, 1945. p. 42-43.

A questão da fidelidade é afeta ao mandato partidário, a partir da constatação de que o mandato eletivo deixa de ser constituído somente por uma relação popular que engloba os eleitores e o eleito por eles (eleitores-eleito) e passa a ser constituído também por uma relação partidária que envolve o eleito e o partido político que o elegeu (eleitores-partido político-eleito).

4. FIDELIDADE PARTIDÁRIA

O princípio da fidelidade partidária, há tempos, é investigado sob duas angulações.

Do ângulo político-ideológico, os filiados a partido político que não se encontram investidos, por ora, em mandato eletivo, devem se manter fiéis às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos organismos de direção partidária.

Do ângulo político-funcional, os titulares de cargos eletivos devem se manter filiados aos partidos políticos cuja vinculação lhes possibilitou a eleição entre a investidura no mandato eletivo, *dies a quo*, e a sua cessação, *dies ad quem*. Igualmente, os agentes políticos, por atitudes ou votos, devem estar em harmonia com o programa e o estatuto partidários.

Entretanto, o sentido, alcance e conteúdo da norma veiculada pelo art. 17, § 1º, *in fine*, da Constituição brasileira, foram redefinidos pelas decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas, em conjunto, quando do processo e do julgamento dos mandados de segurança nos. 26.602, 26.603 e 26.604, e, posteriormente, pela edição das Resoluções TSE nos. 22.610, de 25 de outubro de 2007, e 22.733, de 11 de março de 2008.

Forma dat esse rei, sobre o redimensionamento do princípio constitucional da fidelidade partidária, cuja inobservância, em tese, pode resultar em perda de mandato eletivo, debruçar-nos-emos nas próximas linhas do pre-

sente artigo, ocasião em que serão examinados, sob a forma de tópicos: (i) o histórico, (ii) o campo de aplicação, (iii) a infidelidade ao partido político, (iv) o processo de justificação da desfiliação partidária e (v) a modulação da eficácia temporal da decisão do STF.

4.1. Histórico

Não é substancialmente diferente o tratamento do princípio da fidelidade partidária encontrado na história do Direito Eleitoral, Comparado e Brasileiro.

4.1.1. Direito Comparado

No Direito Comparado, a discussão acerca da fidelidade partidária foi tramada no contexto político, sendo certo que o princípio em epígrafe não foi respeitado pelos Colégios que se destinaram à eleição dos Presidentes dos Estados Unidos – conquanto os votos de todos os membros do Colégio Eleitoral, em vinte e seis Estados e no Distrito de Colúmbia, vinculem-se ao resultado final da votação popular e a Suprema Corte, no caso *Ray v. Blair*, de 1952, tenha decidido que o art. 2º, seção 1, cláusulas 2 e 3, da Constituição norte-americana, com a redação que lhe foi dada pela XIIª Emenda Constitucional, de 15 de junho de 1804,¹⁰ não impede que os partidos políticos exijam dos eleitores presidenciais a promessa de votar no candidato à presidência por ele indicado em convenção partidária¹¹ – entre 1796 e 2000.

10 Constituição dos Estados Unidos da América, art. 2º, seção 1, cláusulas 2 e 3: "Cada Estado nomeará, de acordo com as regras estabelecidas por sua Legislatura, um número de eleitores igual ao número total de Senadores e Deputados a que tem direito no Congresso; nenhum Senador, Deputado ou pessoa que ocupe um cargo federal remunerado ou honorífico poderá ser nomeado eleitor. Os eleitores se reunirão em seus respectivos Estados e votarão por escrutínio em duas pessoas, uma das quais, pelo menos, não será habitante do mesmo Estado. Farão a lista das pessoas votadas e do número de votos obtidos por cada um e a enviarão firmada, autenticada e selada à sede do Governo dos Estados Unidos,

dirigida ao Presidente do Senado. Este, na presença do Senado e da Câmara dos Representantes, procederá à abertura das listas e à contagem dos votos. Será eleito Presidente aquele que tiver obtido o maior número de votos, se esse número

representar a maioria do total dos eleitores nomeados. No caso de mais de um candidato haver obtido essa maioria, assim como número igual de votos, a Câmara dos Representantes elegerá imediatamente um deles, por escrutínio, para Presidente, mas se ninguém houver obtido maioria, a mesma Câmara elegerá, de igual modo, o Presidente dentre os cinco que houverem reunido maior número de votos. Nessa eleição do Presidente, os votos serão tomados por Estados, cabendo um voto à representação de cada Estado. Para se estabelecer quorum necessário, deverão estar presentes um ou mais membros de dois terços dos Estados. Em qualquer hipótese, eleito o Presidente, o candidato que seguir com o maior número de votos será o Vice-Presidente. Mas se dois ou mais houverem obtido o mesmo número de votos, o Senado escolherá dentre eles, por escrutínio, o Vice-Presidente". Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov>>. Acesso em: 25.8.2012.

11 *Ray v. Blair*, 343 U.S. 214 (1952): "Quando um Estado autoriza um partido político a escolher seus candidatos para eleitores presidenciais, não viola a Constituição Federal a exigência feita pelos partidos políticos aos candidatos aos cargos de eleitores presidenciais de promessa de apoio aos candidatos nominados pela Convenção Nacional para Presidente e Vice-Presidente, nem a recusa

O primeiro caso de infidelidade partidária no Colégio Eleitoral de que se tem notícia foi registrado em 1796, quando um delegado do Partido Federalista votou em Thomas Jefferson, do Partido Democrata Republicano.¹²

A unanimidade de votos não foi obtida na eleição presidencial de James Monroe, em 1820, porque William Plumer exerceu o direito de voto em favor de John Quincy Adams, do Partido Independente Republicano,¹³ e, depois, em 1876, pela diferença de um voto, atribuído a Eugene Cronin, delegado do Partido Democrata, o candidato do Partido Republicano, Rutherford Birchard Hayes, foi eleito o décimo nono Presidente dos Estados Unidos.

¹⁴

A infidelidade partidária no Colégio Eleitoral foi propalada durante o século XX, no qual, em oito eleições, um ou mais delegados não votou de acordo com a vontade popular: 1948, 1956, 1960, 1968, 1972, 1976, 1988 e 2000. Em nenhuma delas, contudo, o voto infiel teve o condão de afetar o resultado final da eleição presidencial.¹⁵

O último caso de infidelidade partidária se deveu a Barbara Lett-Simmons, delegada do Partido Democrata, que absteve-se de votar, em protesto à falta de representação, com poder de voto, do Distrito de Colúmbia no Congresso Nacional, na eleição que tornou George Walker Bush, candidato do Partido Republicano, o quadragésimo terceiro Presidente dos Estados Unidos.¹⁶

feita pelos oficiais dos partidos políticos de certificação como candidato para eleitor presidencial de alguém que se recuse a assumir tal compromisso público". Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov>>. Acesso em: 25.8.2012.

¹² CHARLES, Joseph. The Origins of the American Party System. Williamsburg: The Institute of Early American History and Culture, 1956. p. 11.

¹³ TURNER, Lynn W. The Electoral Vote against Monroe in 1820. The Mississippi Valley Historical Review, n° 42, 1955, p. 250-273.

¹⁴ HOLT, Michael F. By One Vote: the disputed presidential election of 1876. Lawrence: University of Kansas, 2008. p. 14-15.

¹⁵ MILLER, Arthur H. The Role of Issues in the 2000 U.S. Presidential Election. Presidential Studies Quarterly, n° 33, 2003, p. 101.

¹⁶ POSNER, Richard A. Breaking the Deadlock. The 2000 Election, the Constitution and the Courts. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 14.

4.1.2. Direito Brasileiro

No Direito Brasileiro, a discussão sobre a fidelidade partidária foi travada no contexto judicial, uma vez que o princípio em exame foi redimensionado pela Justiça Eleitoral e, em seguida, pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo pelo giro jurisprudencial de 2007.

Diferentemente dos arts. 35, inc. V, e 152, parágrafo único, da Constituição de 1967, entre a Emenda n° 1, de 17 de outubro de 1969, que se referia à infidelidade partidária como causa de perda de mandato eletivo parlamentar,¹⁷ e a Emenda n° 25, de 15 de maio de 1985, que revogou, total ou parcialmente, as disposições *sub examine*,¹⁸ a Constituição de 1988, e as subsequentes reforma constitucional e legislações complementar e ordinária, *en passant*, tocam no princípio da fidelidade partidária.

À evidência, a incompletude e inconsistência do texto constitucional foram determinantes para que o Tribunal Superior Eleitoral e, a reboque, o Supremo Tribunal Federal tenham consumido quase duas décadas para firmarem a jurisprudência no sentido de que aos mandatários que se opuserem, por atitudes ou votos, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários, pode ser aplicada a sanção da perda do mandato eletivo, garantido, todavia, aos partidos políticos o direito de preservar as vagas obtidas pelo sistema eleitoral, majoritário ou proporcional, se, não ocorrendo razão que o justifique, houver cancelamento da filiação partidária ou transferência para legenda diversa.

Forte nesse raciocínio, o tratamento jurisprudencial da infidelidade partidária, no nosso entendimento, é forma-

¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, arts. 35, inc. V, e 152, parágrafo único: "Perderá o mandato o Deputado ou Senador que praticar atos de infidelidade partidária. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais que, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos organismos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa". Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 25.8.2012.

¹⁸ Emenda Constitucional n° 25/85, art. 8°: "São revogados o § 3° do art. 17, o item V do art. 35, o item IX do art. 137 e o parágrafo único do art. 148 da Constituição". Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25.8.2012.

do por duas ondas (*vagues*),¹⁹ cujo marco divisório pode ser colocado entre 27 de março e 25 de outubro de 2007.

4.1.2.1. Infidelidade Partidária entre 1988 e 2007

A primeira onda, dispersa entre o julgamento do mandado de segurança nº 20.916, pelo Supremo Tribunal Federal, em 11 de outubro de 1989, e a resposta à Consulta nº 1.398, pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 27 de março de 2007, é expressada pela formatação de uma jurisprudência moderada para com a infidelidade partidária.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal, pela voz do Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu que a enumeração das hipóteses de perda do mandato eletivo de Deputado ou Senador sobre as quais versa o art. 55, incs. I *usque* VI, da Constituição da República, seria taxativa, dentre as quais não se subsumiria a infidelidade partidária.²⁰

Posteriormente, a tese de que o mandato eletivo pertenceria ao seu titular, e não ao partido político cuja filiação lhe possibilitou a eleição, majoritária ou proporcional, foi ratificada nos autos dos mandados de segurança nos. 20.927, de 1989, e 23.505, de 2004, *in textus*: “em que pese a representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados, no silêncio da Constituição e da lei, se estende aos respectivos suplentes”.²¹ “Eleitoral. Possibilidade de perda de mandato eletivo parlamentar. Princípio da fidelidade partidária. Inaplicabilidade. Hipótese não colocada entre as causas de perda de mandado a que alude o art. 55 da Constituição Federal”.²²

19 FAVOREU, Louis. Les Cours Constitutionnelles. 3ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 4.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.916. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU de 26.3.1993.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.927. Rel. Min. Moreira Alves. DJU de 15.4.1994.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.405. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU de 23.4.2004.

4.1.2.2. Infidelidade Partidária entre 2007 e 2012

A segunda onda, disposta entre a edição da Resolução TSE nº 22.610, de 25 de outubro de 2007, que disciplina tanto o processo de perda de mandato eletivo quanto de justificação de desfiliação partidária, e o julgamento dos mandados de segurança nos. 27.938, em 11 de março, e 29.988, em 9 de dezembro de 2010, que dizem respeito à vacância de mandato e justa causa para desfiliação partidária e à renúncia a mandato e coligação partidária, é exprimida pela formulação de uma jurisprudência rigorosa para com a infidelidade partidária.

Com efeito, malgrado a enumeração do art. 55, incs. I *usque* VI, da Carta Magna não tenha sido objeto de reforma constitucional, as hipóteses de perda do mandato eletivo de Deputado ou Senador sofreram “mutação constitucional”.²³ Nessa ordem de ideias, a mutação constitucional a que nos referimos, também denominada “transição informal”,²⁴ “revisão informal do compromisso político”²⁵ ou “vicissitude constitucional tácita”,²⁶ é o processo informal de mudança da Constituição, na qual há a alteração do contexto, sem que o texto da Constituição seja modificado, a partir da constatação de que a norma constitucional, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente, em razão de nova percepção do Direito ou transformação da realidade de fato.

Deveras, a mutação constitucional, limitada pelas possibilidades semânticas do relato da norma e preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição, é instrumentalizada pela interpretação administrativa ou judicial, bem assim pela atividade legislativa e costumes, com vistas à superação da clássica antinomia entre a normatividade e a faticidade ou realizabilidade,

23 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 321.

24 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 124.

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1.153.

26 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 2ª ed., vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 131-132.

imposta pelo positivismo jurídico.

Entretanto, a interpretação constitucional, como mecanismo de atuação da mutação constitucional em que há a modificação do sentido, alcance e conteúdo da norma, contrariamente ao entendimento preexistente, não se confunde com interpretação construtiva, em que há a ampliação da Constituição para criar uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, e interpretação evolutiva, em que há a aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram nas possibilidades semânticas do texto. A diferença essencial entre uma e outra está no fato de que, na interpretação construtiva, a norma atinge situação fática que poderia ter sido prevista, mas não foi, ao passo que, na interpretação evolutiva, a situação fática não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.²⁷

4.2. Campo de Aplicação

Os sistemas eleitorais são desenhados como “técnicas e procedimentos pelos quais os eleitores expressam em votos sua preferência por um candidato ou partido político, a qual será traduzida em mandatos”.²⁸

O sistema eleitoral majoritário é direcionado para cargos de Prefeito de Município, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Presidente e Senador da República, nos quais a representação popular é conferida ao(s) candidato(s) mais votado(s), uma vez obtida a maioria relativa ou simples dos votos válidos, nas eleições de que tratam os arts. 29, inc. II, *initio*, e 46, *caput*, ou maioria absoluta ou qualificada dos votos válidos, em primeiro ou segundo turno, se houver, nas eleições sobre os quais versam os arts. 28, *caput*, 29, inc. II, *in fine*, 32, § 2º, e 77, § 2º.²⁹

O sistema eleitoral proporcional é dirigido para cargos de Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador, nos quais a representação popular é distribuída em razão da força eleitoral dos partidos políticos ou coligações partidárias, quantificada pela divisão do número de votos válidos pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral (quociente eleitoral), prosseguida pela divisão número de votos válidos dados sob a mesma legenda partidária ou coligação de legendas pelo quociente eleitoral (quociente partidário), de modo que eleitos são tantos candidatos registrados por um partido político ou coligação quanto o quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido nas eleições reguladas nos arts. 27, § 1º, 29, inc. I, 32, § 3º, e 45, *caput*, todos da Constituição da República.³⁰

Temos que a jurisprudência sobre o princípio constitucional da fidelidade partidária que se consolidou ao longo dos últimos anos no âmbito da Justiça Eleitoral deveria restringir-se ao sistema eleitoral proporcional, mercê da posição estratégica que o partido político assume nas eleições para os cargos de Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador. Similarmente, o Tribunal Superior Eleitoral, na consulta nº 1.398, de 27 de março de 2007, respondeu que os partidos políticos têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda partidária.³¹ Todavia, na consulta nº 1.407, de 16 de outubro de 2007, o Tribunal Superior Eleitoral houve por bem estender a posição ao sistema majoritário das eleições para os cargos de Prefeito de Município, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Presidente e Senador da República.³²

27 ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. Yale Law Journal, nº 120, 2007, p. 1.741. V., também, na doutrina: GRIFFIN, Stephen. Constitutional Theory Transformed. Yale Law Journal, nº 108, 1999, p. 2.115.

28 SILVA, Virgílio Afonso da. Sistemas Eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 36.

29 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão nº 19.576. Rel. Min. Nilson Vital Naves. DJU de 1º.7.1996.

30 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão nº 25.094. Rel. Min. Carlos Eduardo Bastos. DJU de 7.10.2005.

31 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. DJU de 8.5.2007.

32 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.407. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. DJU de 28.12.2007.

4.3. Infidelidade ao Partido Político

A infidelidade, em atenção ao art. 1º, *caput* e § 1º, da Resolução TSE nº 22.610, de 25 de outubro de 2007, consiste na desfiliação de um partido político, com filiação, ou não, a outro, sem justa causa.

Para tanto, considera-se justa causa a incorporação, fusão ou criação de novo partido político, a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e a grave discriminação pessoal.³³

Quando a infidelidade partidária restar provada, o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento, em conjunto, dos mandados de segurança nos. 26.602, 26.603 e 26.604, tem o entendimento de que “o abandono de legenda enseja a extinção do mandato eletivo, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia ou perseguições políticas, a serem apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral”.³⁴ “O ato de infidelidade, seja ao partido político, seja ao próprio cidadão-eleitor, constitui grave desvio ético-político, além de representar ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder”.³⁵ “A fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal”.³⁶

Registre-se que, como os mandatos obtidos pelo sistema eleitoral proporcional pertencem aos partidos políticos, sendo certo que as coligações partidárias são tratadas como pessoas jurídicas *pro tempore*, que devem se desfazer logo que encerrado o processo eleitoral, o parlamentar que, sem justa causa, mudar de agremiação partidária está sujeito a perda do mandato eletivo, ainda

que para legenda integrante da mesma coligação pela qual eleito.³⁷ Sublinhe-se, também, como a troca de partidos políticos não é submetida ao crivo do eleitor, que o exame da fidelidade partidária deve ser aferido no momento em que ocorre a eleição, de forma que o reconhecimento da justa causa para a desfiliação partidária permite que o parlamentar continue no exercício do mandato, mas não transfere ao novo partido político o direito de sucessão em caso de vacância.³⁸

4.4. Processo de Justificação da Desfiliação Partidária

O exercente de mandato eletivo que pretenda demonstrar a justa causa da desfiliação do partido político sob cuja legenda foi eleito e, por via de consequência, desconfigurar a infidelidade partidária, está sujeito ao ônus de prová-la.

Destarte, o mandatário que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido político para resposta no prazo de cinco dias.

De outro giro, o perda do mandato eletivo pode ser requerida pelo partido político contra o qual o mandatário teria praticado o ato de infidelidade, no prazo de trinta dias da eventual desfiliação partidária sem justa causa, e, nos trinta dias subsequentes, por quem tenha interesse jurídico ou Ministério Público eleitoral.

A competência para processo e julgamento é ínsita ao Tribunal Superior Eleitoral, na hipótese de mandato eletivo nacional, e aos Tribunais Regionais Eleitorais de Estados, nas hipóteses de mandatos eletivos regionais e locais.

33 Resolução TSE nº 22.610/07, art. 1º, *caput* e § 1º: “O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. Considera-se justa causa a incorporação ou fusão do partido, a criação de novo partido, a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e a grave discriminação pessoal. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 25.8.2012.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.602. Rel. Min. Eros Grau. DJU de 17.10.2008.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603. Rel. Min. Celso Mello. DJU de 19.12.2008.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.604. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJU de 3.10.2008.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 29.988. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJU de 7.6.2011.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 27.938. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJU de 11.3.2010.

4.5. Modulação da Eficácia Temporal da Decisão do STF

Firmada a premissa de que o art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispõe da possibilidade de ser aplicado ao controle de constitucionalidade concreto-incidental,³⁹ o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, procedeu à modulação dos efeitos das decisões sobre a fidelidade partidária, para que se produzissem eles a partir da data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398 – 27 de março de 2007 – e, nela, respondeu, em tese, à questão de direito que lhe foi submetida.

À guisa de conclusão, resguardaram-se, pois, as situações de fato já consolidadas sob o império da interpretação anterior em torno da (in)fidelidade partidária.

5. Conclusão

De lege ferenda, a efetividade do princípio da fidelidade partidária poderá – e deverá – ser incrementada, por meio de reformas constitucionais e infraconstitucionais que projetem para o futuro as conquistas populares e os avanços democráticos do presente, em ordem a possibilitar a moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Afinal de contas, na feliz síntese de Pablo Lucas Verdú, “as realidades de hoje foram utopias de ontem”.⁴⁰

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 197.917. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJU de 7.5.2004. V., também, na jurisprudência: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Ação Cautelar nº 189. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 9.6.2004; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU de 1º.9.2006; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 600.885. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJU de 21.2.2011, e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 500.171. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJU de 28.3.2011.

⁴⁰ VERDÚ, Pablo Lucas. O Sentimento Constitucional: a aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 202.

Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. *Yale Law Journal*, nº 120, 2007.
- AIETA, Vânia Siciliano. *Mandato Eletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CHARLES, Joseph. *The Origins of the American Party System*. Williamsburg: The Institute of Early American History and Culture, 1956.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária*. Curitiba: Juruá, 1998.
- FAVOREU, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*. 3ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- GRIFFIN, Stephen. Constitutional Theory Transformed. *Yale Law Journal*, nº 108, 1999.
- HOLT, Michael F. *By One Vote: the disputed presidential election of 1876*. Lawrence: University of Kansas, 2008.
- KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1945.
- LANDIN, Francisco. *Mandato Civil*. Campinas: Aga Juris, 2000.
- MARMITT, Arnaldo. *Mandato*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- MILLER, Arthur H. The Role of Issues in the 2000 United States Presidential Election. *Presidential Studies Quarterly*, nº 33, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- POSNER, Richard A. *Breaking the Deadlock. The 2000 Election, the Constitution and the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

ROUSSEAU Jean Jacques. *Du Contrat Social*. Amsterdam: Marc Michel Rey, 1762.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Dire de l'abbé Sieyes, sur la question du veto royal, a la séance du 7 septembre 1789*. Paris: Baudouin, 1789.

SILVA, João Manuel Pereira da. *Obras Literárias e Políticas. Antologia*. v. II. Rio de Janeiro: Baptiste Louis Garnier, 1862.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Sistemas Eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TURNER, Lynn W. The Electoral Vote against Monroe in 1820. *The Mississippi Valley Historical Review*, nº 42, 1955.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: a aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

I

nfidelidade Partidária Cinco Anos Depois

Sumário

1. Introdução.
 2. A evolução no tratamento da desfiliação partidária sem justa causa.
 3. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.
 4. A experiência paulista.
 5. Balanço dos resultados e perspectivas futuras.
- Referências bibliográficas.

Palavras-Chave: infidelidade partidária, desfiliação partidária sem justa causa, jurisprudência do TSE e do TRE-SP, Resolução 22.610/2007

André de Carvalho Ramos - Procurador Regional Eleitoral em São Paulo (2012-2014 – Titular e 2010-2012 - Substituto). Procurador Regional da República da 3ª Região. Professor Doutor e Livre-Docente de Direito Internacional e do Programa de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docente e Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



1. Introdução

Completados cinco anos desde que editada a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre perda do mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa (Resolução 22.610/2007), é possível perceber alguns avanços para garantir a fidelidade partidária desde então. Essa situação é especialmente notável em um país com enraizada tradição de forte personalismo e caudilhismo, com pouca identificação da sociedade e dos políticos em geral aos programas e diretrizes partidárias, bem como com grande fragmentação partidária, gerando situações de trânsito regular de políticos entre um partido e outro¹.

Por certo, a ideia de mandato imperativo, em que o eleito deve seguir as determinações dos seus eleitores, não foi acolhida pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, com a consolidação da democracia participativa, fica evidente o caráter indispensável dos partidos políticos para a viabilização do debate sobre os temas sociais e o fortalecimento de seu papel no jogo democrático. Por conseqüência, restou necessário o reconhecimento de algum tipo de vínculo entre o que defende o partido político (seu programa partidário) e a atuação do eleito no exercício de seu mandato. Um dos fenômenos que erodem esse vínculo entre o programa partidário e o político eleito é justamente sua *desfiliação*, no curso do mandato, do partido pelo qual foi eleito, para outro qualquer, sem justificativa, mostrando que o “debate de ideias” no seio do partido original era secundário ou simples jogo de cena.

No Brasil pós-ditadura, a consagração do pluripartidarismo e a multiplicação de partidos políticos fizeram tornar-se lugar comum essa *troca constante de partidos*, em que os eleitos se desfiliam em busca de circunstâncias que melhor atendam às suas conveniências pessoais e políticas.

Com isso, ficou enfraquecida a mencionada vinculação às

diretrizes partidárias pelos eleitos, que já não encontra eco também entre os eleitores². Assim, embora a pluralidade tenha sido conquista fundamental da redemocratização do país, o “transfugismo”³ tornou-se prática quase endêmica no Brasil e prejudicial à identidade partidária e coerência dos parlamentares.

Ainda que tenha havido tentativas legislativas para reverter a situação, foi o Poder Judiciário que logrou concretizar a *resposta mínima* (perda de mandato) ao fenômeno do *troca-troca* de partidos. Esse movimento culminou na expedição pelo Tribunal Superior Eleitoral da Resolução 22.610, de 25 de outubro de 2007, que regulamentou a *ação de perda do mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa*, indicando as estritas hipóteses que podem ser aceitas como justificativas para que o político se desvincule do partido pelo qual foi eleito.

Desde então, a jurisprudência construiu alguns parâmetros sobre a *desfiliação partidária sem justa causa*, e detentores de cargos eletivos em todo o país perderam seus cargos por deixarem o partido pelo qual foram eleitos, seja por provocação do partido, seja por atuação de interessados ou das Procuradorias Regionais Eleitorais.

Em São Paulo, por exemplo, apenas em 2012, a Procuradoria Regional Eleitoral já teve seu pedido de perda de cargo eletivo por desfiliação partidária sem justa causa julgado *procedente* em 82 casos⁴.

O presente artigo apresentará uma breve nota sobre a evolução do tratamento da desfiliação partidária sem justa causa nos Tribunais brasileiros após a Constituição de

2 Nesse sentido: “Outro achado interessante foi a dificuldade do eleitorado de diferenciar os partidos. Se em 2002 era possível observar a clivagem governo X oposição, esta desapareceu em 2006. Se o eleitorado não diferencia os partidos, torna-se difícil o estabelecimento de preferências partidárias minimamente consistentes para balizar a escolha eleitoral. Na medida em que os partidos políticos são instituições cruciais para o funcionamento da democracia representativa, os laços pouco estáveis entre partidos e o eleitorado aqui verificados e a baixa confiança depositada naqueles levam a ver com preocupação seu impacto a médio prazo para a legitimidade democrática. Cf. PAIVA, Denise; BRAGA, Maria do Socorro S.; PIMENTEL JR., Jairo Tadeu Pires. Eleitorado e Partidos Políticos no Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 13, nº 2, Novembro, 2007, p. 405.

3 Cf. CAGGIANO, Monica Herman S. A fenomenologia dos transfugas no cenário político-eleitoral brasileiro. In: LEMBO, Cláudio (coord.); CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). *O voto nas Américas*. Barueri: Manole, 2008.

4 Dados verificados em 31 de agosto de 2012. Disponível no “Contador de Cassações” da Procuradoria Regional Eleitoral de São Paulo, acessível em www.presp.mpf.gov.br.

1 Cf. MELO, Carlos Ranulfo Felix de. Eleições presidenciais, jogos aninhados e sistema partidário no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 4, Brasília, jul.-dez./2010, p. 13-41.

1988. Em seguida, serão expostas as teses consolidadas pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento da questão. Ademais, serão apresentados alguns dados relativos à experiência paulista no tratamento da infidelidade partidária e, ao final, será feito um balanço geral de toda essa evolução, concluindo-se que a consolidação da questão pelo Tribunal Superior Eleitoral na Resolução 22.610/2007 tem efeitos positivos para tornar realidade a fidelidade partidária prevista na Constituição da República.

2. A Evolução no Tratamento da Desfiliação Partidária Sem Justa Causa

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 25, de 1985, que revogou o dispositivo que levava o deputado ou senador à perda do cargo por infidelidade partidária (art. 35, V), os tribunais brasileiros mantiveram, por longos anos, o entendimento de que a desfiliação partidária não implicaria uma sanção de tal monta.

Não obstante essa posição de *contenção* dos Tribunais, a Constituição de 1988 estabelece como condição de elegibilidade a filiação partidária (art. 14, § 3º). Não é possível, então, *candidaturas avulsas*, de pessoas não filiadas. A Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995), por sua vez, determina que: “*Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito*” (art. 26). Entretanto, a questão à época terminava resolvida internamente aos partidos, não se imiscuindo o Poder Judiciário em sua resolução.

Com efeito, pode-se notar essa *autorrestricção* no Supremo Tribunal Federal (STF) que, por exemplo, ao julgar o Mandado de Segurança nº 20.916, entendeu, por maioria, que não haveria de se impor a perda do cargo ao suplente “infiel” quando nem ao titular essa situação se estendia⁵.

5 Na oportunidade, o Ministro Sepúlveda Pertence asseverou em seu voto: “Lamento, assim, Senhor Presidente, que não possa ceder – como disse – à tentação do fortalecimento do vínculo partidário do mandato pelo qual, acho, passa a construção de uma democracia viável. Mas não tenho como dar esse tratamento severo ao mandatário eventual, ao suplente, quando não posso impô-lo ao titular, malgrado esse espetáculo pouco edificante, a que a Nação assiste nos últimos meses, da dança dos mandatários titulares, destinados a dar segundos ou minutos, na propaganda eleitoral gratuita, a este ou aquele candidato.” (STF, MS 20.916, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 11/10/1989, p. 375).

O Tribunal Superior Eleitoral começou, paulatinamente, a alterar a questão da infidelidade partidária, para garantir a maior vinculação do político ao partido pelo qual foi eleito.

Analisando a Consulta nº 1.398, em 27 de março de 2007 (Relator Ministro César Asfor Rocha), o TSE respondeu *positivamente* ao questionamento do antigo Partido da Frente Liberal (PFL – hoje Democratas) acerca do direito de partidos e coligações de *preservar a vaga* obtida pelo sistema eleitoral *proporcional*, ante pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido de outra legenda, fortalecendo a ideia de pertencimento do mandato político eletivo ao partido, e não ao indivíduo eleito. O mesmo entendimento foi repetido em 1º de agosto de 2007, na Consulta nº 1.423/DF (Rel. Min. José Delgado).

Finalmente, na Consulta nº 1.407 (Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 16/10/2007), respondendo a questionamento do Partido dos Trabalhadores (PT), o TSE decidiu que os partidos e coligações têm o direito de *preservar a vaga* obtida pelo sistema eleitoral *majoritário*, quando há pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito para um partido de outra legenda.

Em outubro de 2007, a questão foi analisada também pelo Supremo Tribunal Federal, que no julgamento dos Mandados de Segurança n.º 26.602⁶, 26.603⁷ e 26.604⁸ passou a entender que o partido político tem o *direito* de manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais. Para o STF, enquanto o Congresso não legislar sobre a fidelidade partidária, pode o TSE regular a matéria.

6 MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 04/10/2007.

7 MS 26.603, Rel. Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, j. em 04/10/2007.

8 No julgamento do Mandado de Segurança 26.604/DF, impetrado pelo Democratas (DEM), com base na Consulta nº 1.398, contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados que não declarou vagos cargos de deputados eleitos que deixaram os partidos pelos quais foram eleitos, o Tribunal decidiu ser direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais. Os fundamentos do voto condutor (Min. Cármen Lúcia) assentaram-se na ideia de fidelidade partidária como um corolário jurídico e constitucional lógico e necessário do sistema constitucional positivado. A desfiliação partidária não é um ilícito, mas o mandato pertence ao partido político. Daí porque não há que se falar propriamente em uma sanção direta pela desfiliação partidária sem justa causa. O Tribunal decidiu nesse sentido por maioria e houve modulação de efeitos para que se produzissem apenas a partir da resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral à mencionada Consulta. MS 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 04/10/2007.

A fundamentação para essa guinada está no reconhecimento da importância do partido em um sistema, como o brasileiro, de eleição para os cargos proporcionais por lista aberta, uninominal. Nesse sistema – existente no Brasil desde a Constituição de 1934 – os votos de um Partido advêm da soma dos votos obtidos por seus candidatos somados aos destinados apenas à legenda. Depois, há a divisão dos votos válidos pelo número de vagas do Legislativo (Câmara dos Vereadores, Assembleia Legislativa e Câmara dos Deputados), para se chegar no quociente eleitoral, indicando o número de votos que cada partido terá que obter para conquistar uma cadeira. A distribuição das cadeiras que o *Partido* conquistou será feita segundo o número de votos obtido por cada candidato.

Nasce, desse sistema, a figura do “puxador de votos”, uma vez que os votos são computados ao *Partido*, que, em algumas situações elege vários deputados ou vereadores com a votação expressiva obtida por apenas um de seus candidatos. Novamente, fica evidente que o partido político é o destinatário final do voto. Com base na legislação vigente, o eleitor *deve – ou deveria saber –* que sua escolha é exclusivamente partidária: *pode votar em João e eleger Maria*, em virtude do quociente eleitoral e das vagas destinadas ao Partido.

Assim, com base no duplo raciocínio (vedação de candidatura avulsa e sistema eleitoral – esta justificativa aplicável a deputados e vereadores), ficou consagrada a perda de mandato do mandatário que se desfiliar do partido pelo qual foi eleito, quer tenha sido eleito para cargo no Poder Executivo ou Legislativo, e, no Legislativo, quer seja o sistema proporcional ou majoritário (atingindo também os Senadores). Nesse sentido, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 22.610, publicada em 30 de outubro de 2007, que disciplinou o processo de perda de cargo eletivo por desfiliação partidária sem justa causa, bem como o processo de justificação de desfiliação partidária.

A mencionada Resolução atribuiu ao *partido* do qual o

político eleito se desvincula a legitimidade para propositura da ação de perda de mandato eletivo. Também previu hipóteses de justa causa para a desfiliação partidária, ou seja, situações em que se considera legítima a saída do político do partido pelo qual foi eleito, de forma que o mandato continua a ele pertencendo, e não retorna ao partido. São elas: incorporação ou fusão de partido, criação de partido novo, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e a grave discriminação pessoal (art. 1º, § 1º).

Para evitar barganhas e conluíus entre o partido traído e o infiel, o Tribunal Superior Eleitoral acatou a legitimação subsidiária de interessados (como os primeiros suplentes) ou da *Procuradoria* (Regional ou Geral, a depender do mandatário) *Eleitoral* para propor a ação de perda de mandato por infidelidade partidária, como veremos a seguir. Não há atribuição dos Promotores Eleitorais nem competência dos Juízes de Direito com função eleitoral para o tema.

A criação, pelo TSE, da legitimação subsidiária confirmou a *indisponibilidade da fidelidade partidária*, o que implica a não aceitação da anuência do Partido traído como justificativa aceitável para a desfiliação.

Contudo, veremos que há precedentes judiciais nesses cinco anos que valorizam, ao meu ver de maneira inconstitucional, em demasia a postura do partido traído.

3. A Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral

Após a expedição da Resolução 22.610/2007, os casos dos trãsfugas passaram a ser levados em larga escala ao Poder Judiciário Eleitoral, que definiu algumas questões importantes em ações de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa. A seguir, são apresentados precedentes relevantes do Tribunal Superior Eleitoral quanto à desfiliação partidária sem justa causa.

Primeiramente, quanto à competência, o Tribunal Superior Eleitoral, na Consulta nº 1.554/DF (Rel. Min. Feliz Fischer,

j. em 14/08/2008), reafirmou o entendimento de que os partidos políticos estão sujeitos à jurisdição da Justiça Eleitoral quanto a atos que tenham potencialidade para interferir no processo eleitoral, tais como a perda do cargo por desfiliação partidária sem justa causa. Afastou-se, portanto, a competência da Justiça Comum, bem como o argumento de que tal atuação impactaria na autonomia partidária constitucionalmente garantida.

Quanto ao ajuizamento da ação *declaratória de justa causa* para a desfiliação partidária, no julgamento do Agravo Regimental na Petição nº 2.983/DF (Rel. Min. Feliz Fischer, j. em 18/06/2009), o TSE entendeu que este não pode ser considerado, pelo partido, como pedido implícito de desfiliação, com fundamento no direito de livre acesso ao Poder Judiciário, assegurado constitucionalmente.

O Tribunal também entendeu não haver interesse de agir para o partido político na hipótese de o desligamento ter sido provocado pela própria agremiação. Na ocasião, o TSE consignou que a *desfiliação partidária voluntária* é pressuposto indispensável para a propositura da ação de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa. Assim, a expulsão não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Caso contrário, conferir-se-ia ao partido a possibilidade de, após as eleições, escolher qual filiado exerceria o mandato (Agravo Regimental na Petição nº 1662-10.2011.6.00.0000/AP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 13/12/2011).

Na Consulta n.º 1.714/DF (Rel. Min. Felix Fischer, j. em 24/09/2009), o TSE entendeu que a disciplina prevista na Resolução 22.610/2007 aplica-se também aos casos em que o *suplente*, no exercício do mandato eletivo, proporcional ou majoritário, mudar de partido sem justa causa. Assim, o suplente, ao assumir o cargo, também deve fidelidade ao partido pelo qual foi eleito.

Por outro lado, na Petição 3.019/DF (Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 25/08/2010), o TSE entendeu que *apenas o primeiro suplente* do partido tem legitimidade para pleitear a perda do cargo do infiel à agremiação pela

qual foi eleito, pela possibilidade de sucessão imediata na hipótese de procedência da ação

Na Consulta n.º 1,417/DF (Re. Min. Marcelo Ribeiro, j. em 03/06/2008), por sua vez, o Tribunal entendeu que o titular que se desfiliar sem justa causa do partido pelo qual foi eleito, ainda que para integrar agremiação da *mesma coligação*, fica sujeito à perda de seu mandato.

O TSE ainda decidiu algumas questões importantes quanto às hipóteses de justa causa, que justificam a desfiliação partidária sem que haja perda do mandato: incorporação ou fusão de partido, criação de partido novo, mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e a grave discriminação pessoal.

No que toca a criação de partido novo, na Consulta nº 695-62.2011.6.000.0000 (Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 23/08/2011), o TSE entendeu que não há desvinculação automática de parlamentar ou membro do executivo detentor de mandato eletivo que assina manifesto de criação de partido novo. Ademais, entendeu que a agremiação não poderia aplicar seu regimento interno para os filiados que incidem em infidelidade partidária na fase de pré-registro eleitoral de novo partido político.

Embora a Resolução 22.610/2007 tenha previsto apenas as quatro mencionadas hipóteses de justa causa para a desfiliação partidária, o TSE asseverou que, se autorizada a desfiliação pelo próprio partido político, *de forma justificada*, não há que se falar em infidelidade partidária (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 16000-94.2009.6.13.0000/MG, Rel. Min. Arnaldo Versiani, j. em 08/02/2011). No caso, a ação havia sido proposta pelo diretório estadual do partido, e a autorização de desfiliação fora concedida pelo diretório municipal. Entendemos que a única forma justificada seria a *anuência* do partido sobre a *existência de fatos* que, por si mesmos, justificariam a saída. Não pode ser considerada anuência o mero “de acordo” do Presidente do Diretório em um pedido de desfiliação.

Quanto à grave discriminação pessoal, o TSE entendeu que a mera instauração de procedimento administrativo para averiguar eventual descumprimento de normas partidárias não configura, por si só, hipótese de grave discriminação pessoal (Petição 3.019/D, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 25/08/2010). Ademais, o Tribunal entendeu que a *negativa de legenda* não caracteriza justa causa para a desfiliação partidária, “pois a disputa e a divergência internas fazem parte da vida partidária” (Recurso Ordinário n.º 1.761/MT, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, j. em 10/06/2009). Finalmente, no julgamento da Petição nº 2.756/DF (Rel. Min. José Delgado, j. em 07/03/2008), o TSE entendeu que a divergência entre filiados partidários no sentido de ser alcançada projeção política não constitui justa causa para a desfiliação. Com tais decisões, o TSE traçou balizas mais objetivas para a hipótese de grave discriminação pessoal, que pode levar a subjetivismos indesejáveis na avaliação do que seja tal situação.

Assim, em cinco anos de existência da Resolução 22.610, o Tribunal Superior Eleitoral construiu uma jurisprudência em grande parte favorável à manutenção da fidelidade partidária.

4. A Experiência Paulista

Em São Paulo, a Procuradoria Regional Eleitoral atuou de forma bastante consistente para garantir a aplicação da Resolução TSE 22.610/2007.

Sendo os Tribunais Regionais Eleitorais competentes para julgar a ação de perda do mandato eletivo por desfiliação partidária nos casos relativos a mandatos não federais (art. 2º da Resolução), ou seja, relativos a deputados estaduais, vereadores, governadores, vice-governadores, prefeitos e vice-prefeitos, a Procuradoria Regional Eleitoral de cada Estado é o órgão responsável por ajuizar referidas ações, na *inércia* do partido traído.

Vale lembrar que o Ministério Público ou quem tenha interesse jurídico só podem ajuizar a ação, nestes casos,

quando o partido político *não* formula o pedido perante a Justiça Eleitoral no prazo de *trinta dias* da desfiliação. Após esse prazo, a Procuradoria – Regional ou Geral – Eleitoral possui, assim, trinta dias para atuar (art. 1º, § 2º, da Resolução). Sua legitimidade é subsidiária.

Porém, outro típico fenômeno do Direito brasileiro – a *falta de sincronia* entre as diversas leis e normas – *dificultava* a propositura das ações por parte da Procuradoria Eleitoral: o pedido de desfiliação do mandatário é feito ao partido e à Zona Eleitoral e o sistema de informática eleitoral não possui previsão, cinco anos depois da Res. 22.610/2007, de envio de informação aos legitimados subsidiários.

Caso existisse a inércia do Partido, o *mandatário não seria processado* por ausência de informação da Procuradoria. Assim, as informações sobre as desfiliações estão dispersas pelos diversos Municípios dos Estados e as Procuradorias Regionais Eleitorais não têm acesso direto aos dados necessários para ajuizar a ação. Ou seja, havia o risco da legitimidade subsidiária se transformasse na tradicional figura brasileira da *“lei que não pega”*.

Para combater tal anomalia, a Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo em 2011 expediu *recomendação de atuação* aos Promotores de Justiça Eleitorais do Estado, a fim de que informassem à PRE-SP em caso de desfiliação, bem como encaminhassem documentação necessária ao ajuizamento da ação.

Com a proximidade do prazo máximo para que os políticos interessados em se candidatar nas eleições de 2012 pudessem se filiar ao partido pelo qual pretendiam concorrer (07 de outubro de 2011), a movimentação entre partidos foi muito intensa à época e a Procuradoria Regional Eleitoral recebeu diversas informações encaminhadas pelos Promotores de Justiça do Estado e também por cidadãos. Com isso, *ajuizou* diversas *ações de perda de mandato eletivo* por desfiliação partidária sem justa causa.

Cada ação tem rito próximo ao de uma ação ordinária em um processo de conhecimento, com fase postulatória, probatória e decisão. A maior dificuldade nesse tipo de ação é sua dispersão: foram processados políticos em todo o Estado, tendo sido expedidas centenas de cartas de ordem para oitiva de testemunha.

O prazo médio entre a propositura e julgamento chegou a mais *10 meses* no TRE paulista, violando em muito o prazo de *60 dias* da própria Res. 22.610/07⁹.

Contudo, a dificuldade de a ação ser processada perante um Tribunal é fartamente compensada pela eliminação da procrastinação: a decisão do TRE é de cumprimento imediato, pois o recurso ao TSE não tem efeito suspensivo.

Os resultados foram bastante positivos e, até agosto de 2012, *82* pedidos de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária sem justa causa, *somente* em ações propostas pela Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo, foram julgados *procedentes*¹⁰.

Essa marca é histórica nos anais do TRE-SP. De longe, a PRE-SP é o ator que mais propõe *ações de perda do mandato por infidelidade partidária* no Estado de São Paulo, vencendo a inércia dos partidos traídos e dos primeiros suplentes (que, muitas vezes, também já tinham se desligado). Há sessões no TRE-SP em que há várias sustentações orais, variando os advogados de defesa dos políticos infiéis, mas mantendo-se o Procurador no papel de Autor. Cabe lembrar que, diferentemente do que ocorre na advocacia privada, o aumento de ações propostas pela PRE-SP não implica maior número de servidores ou outro tipo de estrutura à disposição.

Os *políticos cassados* em São Paulo eram vereadores ou vice-prefeitos de Municípios do interior do Estado. O número de cassações poderia ter sido bastante maior, mas, nos casos de transferência do mandatário para o

Partido Social Democrático (PSD) e para o Partido Pátria Livre (PPL), ambos criados em 2011, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo entendeu haver justa causa para a desfiliação partidária, ainda que o político não tivesse participado da criação do partido novo.

Uma tese importante consolidada pela atuação da Procuradoria Regional Eleitoral foi justamente a possibilidade de que o *vice-prefeito infiel* estivesse também sujeito à perda do cargo por desfiliação partidária sem justa causa (Processo TRE-SP n.º 188197.2011.626.0000, Rel. Min. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, j. em 08/05/2012).

A argumentação desenvolvida pela PRE-SP levou em conta o fato de que não haveria qualquer sentido lógico na exigência constitucional de o candidato a vice-prefeito estar sujeito à filiação partidária por ocasião de sua candidatura sem que houvesse qualquer consequência legal para o caso de descumprimento imotivado do requisito constitucional ocorrido durante o exercício do mandato, tal como ocorre nos casos de todos os outros detentores de mandato eletivo.

Por outro lado, contrariando a tese defendida pela Procuradoria Regional Eleitoral, o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo entendeu que o prazo para a propositura da ação de perda de mandato eletivo por desfiliação partidária não se conta da comunicação da desfiliação partidária à Justiça Eleitoral. O Tribunal assentou como termo inicial de contagem do prazo a comunicação de desligamento formulada ao partido político, a despeito do disposto nos artigos 21 e 22, parágrafo único, da Lei 9.096/1995¹¹. *Todos* os recursos especiais propostos pela PRE-SP *foram admitidos* no juízo de admissibilidade e *encaminhados ao TSE*, mas há pouca esperança que sejam julgados antes do fim do mandato dos infiéis dada a prioridade dos feitos envolvendo a eleição de 2012, o que gerará a *perda do objeto* dos recursos.

9 Art. 12. O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

10 Dados disponíveis em www.presp.mpf.gov.br.

11 Art. 21. Para desligar-se do partido, o filiado faz comunicação escrita ao órgão de direção municipal e ao Juiz Eleitoral da Zona em que for inscrito. (...) Art. 22. (...) Parágrafo único. Quem se filia a outro partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação; se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos.

Assim, o Tribunal paulista foi construindo algumas balizas em sua atuação – que serão desenvolvidas em artigo futuro – de forma a viabilizar, por exemplo, a mensuração da ocorrência de justa causa nestes casos. Ainda há muito a se avançar, mas as experiências dos últimos cinco anos foram bastante valiosas para a consolidação da fidelidade partidária por meio da atenuação do “transfugismo”.

5. Balanço dos Resultados e Perspectivas Futuras

Os cinco anos da Resolução TSE 22.610/2007 implicaram uma consolidação positiva na jurisprudência com relação à fidelidade partidária, embora com riscos de retrocesso (vide, por exemplo, o excessivo peso dado à anuência do partido traído).

Embora não se possa avaliar ainda, em concreto e em todos os âmbitos, se a consequência da desfiliação partidária sem justa causa pode persuadir os políticos a desistirem do “troca-troca” de partidos, a *efetividade do provimento nas ações* propostas certamente serve como um *fator a mais de dissuasão*.

Entendo que a fidelidade partidária não resolverá os problemas de moralidade e troca de favores existentes na política, mas poderá minimizar, por certo, essa epidemia em que se transformou o “transfugismo”, que resulta em falta de identidade entre políticos, sociedade e partido e na ausência de vinculação a diretrizes partidárias.

A guisa de conclusão, cabe lembrar que a *desmoralização dos partidos* sem uma reforma política que modifique, então, a democracia partidária brasileira (admitindo, por exemplo, candidatura avulsa) é uma *deformação* que erode, inclusive, a confiança do eleitor e a credibilidade das instituições compostas pelos mandatários eleitos.

Referências Bibliográficas

MELO, Carlos Ranulfo Felix de. Eleições presidenciais, jogos aninhados e sistema partidário no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 4, Brasília, jul.-dez./2010, p. 13-41.

PAIVA, Denise; BRAGA, Maria do Socorro S.; PIMENTEL JR., Jairo Tadeu Pires. Eleitorado e Partidos Políticos no Brasil. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 13, nº 2, Novembro, 2007, p. 405.

CAGGIANO, Monica Herman S. A fenomenologia dos trânsfugas no cenário político-eleitoral brasileiro. In: LEMBO, Cláudio (coord.); CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). *O voto nas Américas*. Barueri: Manole, 2008.

A Gravidade das Circunstâncias no Abuso de Poder Eleitoral

Marcus Vinicius Furtado Coêlho - Advogado. Autor de Direito Eleitoral e Processo Eleitoral, Ed. Renovar. Professor da pós-graduação da PUC-SP e Escola Judiciária Eleitoral do TSE. Doutor Universidade de Salamanca. Secretário-Geral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.



O abuso de poder eleitoral não mais possui, para sua configuração, a exigência da presença do pressuposto da potencialidade do fato alterar o resultado das eleições, sendo necessária tão somente a caracterização da gravidade das circunstâncias do ato tido por abusivo.

Essa inovação, de índole interpretativa, introduzida pela Lei Complementar 135, de 2010, que acrescentou o inciso XVI ao artigo 22 da LC 64, de 1990, segundo o qual “para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”.

A gravidade das circunstâncias do ato em si considerado, e não a sua probabilidade em influir no resultado da eleição, passa a ser o pressuposto para configurar o abuso de poder. A inovação legislativa possui o evidente sentido de afastar a exigência da potencialidade para influir no resultado das eleições como pressuposto da declaração de presença de ato abusivo.

A interpretação definirá o alcance e o significado do requisito “gravidade das circunstâncias”, apto a caracterizar o abuso de poder eleitoral, retirando do termo as entranhas de seu adequado sentido. Tal expressão, que é um conceito aberto, bem se aproxima do princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade e razoabilidade, a governar a atuação do poder público, incluindo o Judiciário na sua tarefa de aplicar as leis. Torna-se obrigatório verificar a existência de adequação, necessidade e justa medida na incidência da pena de cassação de mandato¹

O ordenamento não admite seja configurado o abuso de poder por fato insignificante, sem relevo, desprovido de repercussão social. Gravidade advém do latim “*gravis*”, significando pesado ou importante. Circunstâncias são os elementos que acompanham o fato, suas particularidades,

incluindo as causas. Diz respeito a como, onde, quando, motivo e qual intensidade da prática do ato. No direito penal, as circunstâncias podem constituir ou qualificar o crime, como também agravar a pena a ser aplicada. A reincidência e a prática do delito por uso do poder de autoridade são circunstâncias previstas no art. 61 do Código Penal Brasileiro. Tem a pena agravada, nos termos do art. 62 do referido Código, quem possui função de direção ou quem induz ou coage para a prática criminosa. Trata-se de normas do direito positivo que podem ser utilizadas como referência de interpretação por analogia, conhecida regra de integração da norma jurídica.

A democracia pressupõe a prevalência da vontade da maioria, com respeito aos direitos da minoria. A banalização das cassações de mandato, com a reiterada interferência do Judiciário no resultado das eleições, pode gerar uma espécie de autocracia, o governo dos escolhidos pelos Juízes e não pelo povo. O juízo de cassação de mandato por abuso de poder deve ser efetuado tão apenas quando existentes provas robustas de graves condutas atentatórias à normalidade e legitimidade do processo eleitoral e às regras eleitorais. Forçoso lembrar que o Direito em Roma era denominado de Jurisprudência, concebida como a ciência do Justo ou direito do prudente.

A prudência deve presidir a decisão pela revisão judicial das eleições ou a manutenção do vaticínio popular. A análise de provas no caso concreto, pesando-as e não as contando, constitui em trabalho de alto relevo. Sem dúvida, o pressuposto da gravidade das circunstâncias, que deve ser fundamentado de forma detida e específica, e não de modo genérico, amplia responsabilidade do julgador eleitoral.

A jurisprudência eleitoral fazia a exigência, para a configuração de abuso de poder apto a ensejar cassação de mandato, da presença do pressuposto da potencialidade lesiva, significando a probabilidade dos fatos abusivos interferirem na normalidade e legitimidade das eleições. Já não havia uma exigência de correspondência aritmética entre o ato abusivo e o resultado eleitoral, bastando um juízo de probabilidade. Assim, “o exame da

¹ “Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios com as vantagens do fim. (...) evitar cargas coativas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares”. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Ed. Medina, p. 280).

potencialidade não se prende ao resultado das eleições. Importam os elementos que podem influir no transcurso normal e legítimo do processo eleitoral, sem necessária vinculação com a diferença de votos”².

Em outro importante precedente, o TSE vaticinou que o requisito da potencialidade configuradora do abuso de poder deveria “ser apreciado em função da seriedade e da gravidade da conduta imputada, à vista das particularidades do caso, não devendo tal análise basear-se em eventual número de votos decorrentes do abuso, ou mesmo em diferença de votação, embora essa avaliação possa merecer criterioso exame em cada situação concreta”. No caso, foi cassado o mandato de deputado federal por ter havido “o depósito de quantia em dinheiro em contas-salário de inúmeros empregados de empresa de vigilância, quando desvinculado de qualquer prestação de serviços, seja para a própria empresa, que é administrada por cunhado da candidata, seja para campanha eleitoral”³.

Por certo, parte da doutrina já expressava que potencialidade “não significa nexos de causalidade entre o ato ilícito e o resultado das eleições, nem tampouco cálculo matemático”, sendo suficiente a demonstração “que as práticas irregulares teriam a capacidade ou potencial para influenciar o eleitorado, o que torna ilegítimo o pleito”⁴. E, mais, “a regra é a prevalência da vontade popular. A exceção é a desconstituição desta vontade, com a cassação do mandato, no caso de prova robusta e incontestável que o mandato foi colhido apenas porque a vontade popular foi corrompida e deturpada por práticas reiteradas de abuso de poder econômico ou político, é dizer práticas ilícitas que possuem potencialidade suficiente para desequilibrar a disputa eleitoral.”⁵

Em relação às demais espécies de corrupção eleitoral, como condutas vedadas aos agentes públicos, captação ilícita de sufrágio e irregular arrecadação ou aplicação

de recursos financeiros na campanha eleitoral, a jurisprudência já exigia a presença da “relevância jurídica” do ilícito como pressuposto para o juízo de cassação de mandato, observando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

No que atine à irregular arrecadação ou aplicação de recursos financeiros na campanha eleitoral, previsto no art. 30-A da Lei n. 9.504/97, “é necessária prova da proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato em vez do dano em relação ao pleito eleitoral. Nestes termos, a sanção de negativa de outorga do diploma ou de sua cassação deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido.”⁶

No que se refere à prática de condutas vedadas aos agentes públicos, preceituadas no art. 73 da Lei das Eleições, lei 9.504/97, a justiça eleitoral compreende que a sua existência “não implica, necessariamente, a cassação do registro ou diploma, devendo a pena ser proporcional à gravidade do ilícito”⁷, devendo haver avaliação “das circunstâncias fáticas”. No precedente mencionado, o mandato não foi cassado, mesmo em se demonstrando a utilização de servidor público na campanha eleitoral.

No mesmo sentido, “para a incidência do art. 30-A da Lei nº 9.504/97, é necessária a aferição da relevância jurídica do ilícito, uma vez que a cassação do mandato ou do diploma deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão ao bem jurídico protegido pela norma”. Neste caso, não foi procedido juízo de cassação de mandato pelo fato do candidato ter realizado “gastos com combustíveis sem, no entanto, informar os valores relativos à utilização de veículos e sem emitir os recibos eleitorais relativos a tais doações estimáveis em dinheiro”⁸. Para o precedente, “a referida irregularidade, a despeito de configurar vício insanável para fins da análise da prestação de contas, não consubstancia falha suficientemente grave para ensejar a cassação do diploma, considerado o valor total dos recursos gastos na campanha”.

2 TSE, RCED 723/RS, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe 18.9.2009; e RO 1537/MG, rel. Min. Felix Fischer, DJ 29.8.2008.

3 TSE, RCED 755/RO, rel. Arnaldo Versiani, DJe 28/9/2010.

4 COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Direito Eleitoral e Processo Eleitoral. 2ª. Edição. Ed. Renovar. RJ:2010, pag. 260.

5 COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Ob. Cit., pag. 259.

6 TSE, RO 1453/PA, rel. Min. Felix Fischer, DJe 05/04/2010.

7 TSE, AgR-AI 11352/MA, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE 02/12/2009, Página 45.

8 TSE, RO 444344/DF, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe 13/02/2012, Página 19.

A inovação legislativa altera o paradigma do abuso de poder, exigindo, para sua caracterização, não mais a potencialidade para influir no resultado das eleições, mas a gravidade das circunstâncias do fato em si considerado. O raciocínio não teve ter em mente o resultado das eleições, ainda que para um juízo de probabilidade. Assim, os diversos tipos de corrupção eleitoral se aproximaram de modo indelével, pois a gravidade das circunstâncias, exigida pela lei para o abuso de poder, em muito se assemelha à relevância jurídica do ilícito, como vaticinado pela jurisprudência à configuração dos demais tipos de corrupção eleitoral.

Não há, até o momento, um enfrentamento do Tribunal Superior Eleitoral sobre o alcance e o significado da gravidade das circunstâncias. No caso do deputado Benício Tavares, O TSE confirmou acórdão do TRE/DF, segundo o qual as circunstâncias demonstravam que “mesmo impertinente a potencialidade, anote-se sua presença: um mil vigilantes da empresa, cada qual devendo apresentar dez ‘apoiadores’ da campanha política”.

Com efeito, no âmbito dos Tribunais Regionais, muito embora seja firmada a desnecessidade de aferição de potencialidade, mas tão somente um juízo de proporcionalidade e razoabilidade sobre a gravidade da conduta, os casos tem sido julgado com a ressalva de que até mesmo sob o prisma anterior, da potencialidade, o ilícito ensejaria cassação.⁹

Também foi considerado, em outro Tribunal Regional, que a conduta vedada não repercutiu na ótica do abuso de poder, uma vez que não comprometia a legitimidade e lisura do pleito e, tampouco, possuiria gravidade. Assim, “A confirmação da prática de conduta vedada não implica, necessariamente, a cassação do registro ou diploma, devendo ser respeitado o princípio da proporcionalidade na aplicação da sanção, sempre vislumbrando o equilíbrio entre a proteção à lisura do pleito eleitoral e o respeito à decisão popular emanada nas urnas”. E, mais, “No caso

dos autos, não há elementos probatórios suficientes para aferição do grau de comprometimento das alegadas práticas abusivas na legitimidade e normalidade do processo eleitoral”.¹⁰ A hipótese versou sobre reunião política em residência oficial.

Há também julgado de Regional considerando a veiculação de apenas uma mensagem por e-mail institucional, insuficiente para preencher o requisito da gravidade. Concluiu o Tribunal, “é necessária à configuração do abuso de poder ou do uso indevido de meio de comunicação social, apurado na ação de investigação judicial eleitoral, não somente a comprovação da prática abusiva, mas também da gravidade das circunstâncias que a caracterizaram”. E vaticinou, “a veiculação de apenas uma mensagem eletrônica com cunho eleitoral, ainda que através de meio inadequado (e-mail institucional) não é suficiente para desequilibrar a disputa eleitoral”.¹¹

O desafio interpretativo sobre a abrangência da gravidade das circunstâncias deve ter como ponto de partida o dístico “normalidade e legitimidade das eleições”¹², razão de existência e meta a ser alcançada pela Justiça Eleitoral, sem se descuidar da regra de ouro do Estado Democrático, qual seja a origem popular do Poder, sendo os governantes escolhidos nas urnas pela maioria do povo. Esse dois postulados constitucionais devem incidir em cada caso concreto no qual for discutida a ocorrência de abuso de poder e, portanto, a presença do requisito de circunstâncias graves a possibilitar a revisão judicial da escolha do eleitorado e a interferência do Judiciário no processo democrático. Prudência, cautela, ponderação, eis o comportamento esperado pelo sistema democrático a todos quantos forem interpretar a ocorrência de abuso de poder nas eleições.

10 TRE-SE, AIJE nº 304124, Rel. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, DJE 23/11/2011.

11 TRE-PR, AIJE nº 210985, Rel. Irajá Romeo Hilgenberg, DJ 02/02/2011.

12 Constituição Federal, art. 14, parágrafo 9º. A Carta Constitucional, nesse dispositivo, embora trate da Lei Complementar das Inelegibilidades, apresenta a vocação do Judiciário Eleitoral, qual seja a manutenção da normalidade e legitimidade das eleições, com o afastamento do abuso de poder político e econômico nos pleitos eleitorais. Na própria origem da Justiça Eleitoral, como promessa da Revolução de 30, encontrava-se ínsita a necessidade de moralização dos costumes políticos do Brasil. Entretanto, tal função legitimadora deve ser exercida com o respeito ao princípio majoritário, que pressupõe a prevalência da vontade da maioria, essencial ao regime democrático. Juízos de cassação de mandato, pois e assim, não podem ser banalizados e devem ser proferido apenas e tão somente quando presentes fatos que atestem o comprometimento da expressão da própria maioria popular.

9 TRE-SP, AIJE nº 156584, Acórdão de 17/11/2011, Rel. Alceu Penteadó Navarro. DJESP 25/11/2011.

Os ilícitos eleitorais praticados por terceiros e o nexo de causalidade para responsabilização do candidato

Sumário

1. Introdução
2. O ilícito eleitoral, sua autoria e a posição do Tribunal Superior Eleitoral
3. O nexo de causalidade como elemento da responsabilidade
4. Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras chave: Conduta Vendada. Abuso. Responsável. Beneficiário. Nexo de causalidade. Elemento subjetivo.

Marilda de Paula Silveira - Mestre em Direito Público pela UFMG. Assessora de Ministro do Tribunal Superior Eleitoral de 2008-2011. Vice-Presidente do Instituto de Direito Eleitoral do Distrito Federal – IDEDF. Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogada.



1. Introdução

São inúmeros os atos ilícitos que levam à imposição de sanção no curso do processo eleitoral e no *contencioso jurisdicional pós-eleitoral*¹. Diante da amplitude da matéria e da diversidade de pressupostos e requisitos envolvidos em cada ilícito eleitoral, será necessário fazer um recorte temático. Nesse trabalho, o estudo da responsabilização dos candidatos por atos praticados por terceiros, será desenvolvido apenas nas hipóteses em que se apura a prática de **condutas vedadas (art. 73, §§4º e 5º da Lei 9.504/97) e/ou do abuso de poder (art. 22 da LC 64/90)**².

2. O ilícito eleitoral, sua autoria e a posição do Tribunal Superior Eleitoral

No curso do processo eleitoral, em que diferentes agentes atuam na campanha, é muito comum que os mais diversos atos não sejam praticados pelo próprio candidato e que nem mesmo cheguem ao seu conhecimento. E nesse universo são identificáveis inúmeros grupos apoiadores da campanha como os cabos eleitorais, os filiados aos partidos políticos, amigos, parentes e alguns simpatizantes. Grande parte dessas pessoas, além do seu envolvimento na campanha eleitoral, desenvolve atividade própria, na esfera pública ou privada.

Como indivíduos independentes, quaisquer dessas pessoas, muito ou pouco envolvidas no processo eleitoral, podem praticar atos com o intuito de beneficiar o candidato que apoiam. Não haverá problema quando esses atos se situarem na esfera da legalidade. A questão relevante se coloca na ocasião em que esses terceiros, com a finalidade de beneficiar o candidato que apoiam, acabam por praticar atos que configurem condutas vedadas (art. 73 a 78, da Lei 9.504/97) e/ou abuso de poder (art. 22 da LC 64/90).

Conforme estabelece o §4º do art. 73, da Lei 9.504/97, aqueles que forem considerados **responsáveis** pela prática de conduta vedada ficam sujeitos a multa no valor de 5 a 100 mil UFIR, fixada conforme a proporcionalidade. Já o **candidato beneficiado**, nos termos do art. 73, §5º, da Lei 9.504/97, está sujeito à cassação do registro ou do diploma, sem prejuízo da multa prevista no §4º.

No caso daquele que se identifica como **responsável**

pela prática da conduta vedada, a **ciência ou prévio conhecimento** é inerente à sua condição. Afinal, só pode ser considerado responsável aquele que está vinculado à prática do ato. Sendo ele unicamente responsável, incidirá o §4º do art. 73, da Lei 9.504/97 além da cassação.

Situação semelhante ocorre quando se identifica a prática do abuso de poder. Nos termos do art. 22, XIV, da Lei Complementar 64/90 “julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade **do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato**, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma **do candidato diretamente beneficiado** pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação”.

Nota-se que definição do **beneficiário** não se relaciona aos mesmos elementos daquele que se qualifica como **responsável**. É comum se deparar com hipóteses em que o beneficiário, embora aufera vantagens decorrentes da prática do ilícito, não possui ciência/prévio conhecimento da conduta vedada ou do abuso praticados.

A partir desse cenário, apresenta-se a seguinte indagação: o **candidato beneficiário** do ato ilícito deve responder em que medida por sua prática?

O Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou em algumas oportunidades sobre o tema e tem reafirmado que, independentemente da participação dos candidatos na prática do abuso de poder e/ou das condutas vedadas, estes devem responder pelo ato ilícito, o que pode acarretar a perda do mandato, caso haja gravidade suficiente para macular a legitimidade do pleito. Afirma-se que embora o candidato **não participe do ato e não atue com culpa, dolo ou prévio conhecimento**, a supressão do mandato seria a **única forma de restabelecer a legitimidade do pleito** viciado pelo ato de terceiro.

Elucidativo sobre o tema é o precedente do Min. Joaquim Barbosa, AG nº 7209 - Filadélfia/BA, DJe 17.9.2008, em que cita, no mesmo sentido, decisão proferida pelo Min. Sepúlveda Pertence (Ac. nº 1.230), pelo Min. Barros Monteiro (Ac. nº 21.308) e pelo Min. Fernando Neves (Ac. nº 2.987):

Quanto ao prévio conhecimento, é certo que sua comprovação é imprescindível para fins de

¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27.

² As especificidades e a extensão do debate que envolve a imposição das penas do art. 41-A da Lei 9.504/97, especialmente quando o ato ilícito é praticado por terceiro, exigem um espaço próprio de análise.

representação com fundamento no art. 96 da Lei nº 9.504/97, mas não é essa a hipótese dos autos, que **versa sobre recurso contra a expedição de diploma em virtude de abuso de poder. A respeito disso, esta Corte consagrou o entendimento de que o abuso de poder pode ser apurado tanto em relação ao beneficiário como em relação ao autor, pois o que se busca preservar é a lisura do pleito, sendo de somenos importância perquirir a participação ou não do beneficiário na prática dos atos abusivos** (cf. Ac. nº 21.308, de 18.12.2003, rel. min. Barros Monteiro e Ac. nº 2.987, de 04.09.2001, rel. min. Fernando Neves).

Cito trecho de voto bastante elucidativo sobre o tema, proferido pelo **min. Sepúlveda Pertence no Ac. nº 1.230, de 25.06.1991**, rel. min. Hugo Gueiros: [...]

A perda do mandato, que pode decorrer da ação de impugnação, não é pena, cuja imposição devesse resultar da apuração de crime eleitoral de responsabilidade do mandatário, mas, sim, consequência do comprometimento da legitimidade da eleição por vícios de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Por isso, nem o art. 14, § 10, nem o princípio do *due process of law*, ainda que se lhe empreste o conceito substancial que ganhou na América do Norte, subordinam a perda do mandato à responsabilidade pessoal do candidato eleito nas práticas viciosas que, comprometendo o pleito, a determinem.

O que importa é a existência objetiva dos fatos - abuso do poder econômico, corrupção ou fraude - e a prova, ainda que indiciária, de sua influência no resultado eleitoral. [...]

O mesmo é de concluir, *mutatis mutandis*, no caso do abuso por terceiro do poder econômico ou da prática da corrupção eleitoral.

O voto vencido no TRE do il. Juiz Delmival de Almeida Campos suscita contra esse entendimento, primeiro, que o Direito Penal repele a responsabilidade sem culpa e, segundo, com a possibilidade de adversários, na antevisão da derrota, forjarem a prática de corrupção ou fraude em favor do favorito, para, depois, impugnar-lhe a eleição. Mas, de responsabilidade penal não se cuida e, sim, de objetivo comprometimento da legitimidade ou da autenticidade do resultado eleitoral.

Com efeito, pode-se afirmar que o Tribunal Superior Eleitoral tem se posicionado no sentido de que o candidato deve sofrer a **perda do mandato**, independentemente de sua participação, prévio conhecimento, dolo ou culpa, quando é beneficiário de graves condutas vedadas ou abuso de poder. Nessas hipóteses, afirma-se que o candidato não estaria sofrendo uma penalidade, mas tão somente as consequências da única medida capaz de assegurar o restabelecimento da legitimidade das eleições.

Duas questões se colocam a partir dessa constatação: **i)** cassar o mandato do beneficiário de conduta(s) vedada(s) ou abuso de poder praticado por terceiro, independentemente de sua participação, prévio conhecimento, dolo ou culpa é compatível com o regime jurídico de responsabilidade? **ii)** mesmo nos casos em que não há perda de mandato, o beneficiário que não teve qualquer participação, prévio conhecimento, dolo ou culpa deve sofrer a imposição de uma multa e/ou a incidência de uma hipótese de inelegibilidade?

Com o devido respeito que merece a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e os autores que se alinham a esse entendimento, em ambas as hipóteses, a questão central não está efetivamente no elemento subjetivo do candidato, mas no **nexo de causalidade** que se estabelece entre o dano e sua atuação (ou ausência de atuação). Assim porque **não** estão em pauta os casos em que o candidato é **responsável ou tem prévio conhecimento** do ato ilícito, mas apenas aqueles em que seu único vínculo com a prática é a **condição de beneficiário que não atuou em qualquer medida e nem tomou conhecimento do(s) ato(s)**.

Nessas hipóteses, **não é possível identificar nenhum nexo de causalidade entre o candidato beneficiário do ato ilícito e o dano causado pelo ato em si.**

Considerando que a problemática emerge do **nexo de causalidade e não do elemento subjetivo do candidato**, as questões se reapresentam: **i)** o regime jurídico de responsabilidade, considerando as especificidades do processo eleitoral, permite imputar sanções ou “consequências” a um candidato que não se relaciona, em nenhuma medida, com a prática do ato ilícito?; **ii)** o benefício auferido, independentemente de seu conhecimento ou de sua vontade, é fundamento suficiente para que recaiam sobre o candidato as consequências da prática do ilícito?

3. O nexo de causalidade como elemento da responsabilidade

Como bem esclarece Sílvio de Salvo Venosa, no âmbito da **responsabilidade civil**, o nexo de causalidade é pressuposto da imputação de **responsabilidade** e não se relaciona com os elementos típicos da vontade do agente:

“O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou o dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito”³.

De fato, para que se possa estabelecer a responsabilidade do agente, impõe-se como primeiro pressuposto a possibilidade de identificação de sua conduta, ou seja, uma ação ou omissão que cause o ato ilícito.⁴ Com efeito, a imputação de responsabilidade não pode desprezar a **causalidade** para obter a reparação do dano e impor um castigo ao autor do ato lesivo,⁵ pois seria indevida a reparação do dano por quem não foi responsável pelo resultado.⁶

Certo é que em determinados casos, a identificação desta relação de causalidade é relativamente simples, como na hipótese em que um veículo atropela um pedestre e este sofre sérios danos em virtude do acidente. Entretanto, nem sempre a determinação da causalidade é tarefa simples. Tal dificuldade pode apresentar-se nas mais diversas hipóteses, inclusive na **seara eleitoral**. **Caio Mário** exemplifica a questão apresentando ato danoso que decorre de uma sucessão de eventos:

O dono da arma retira-a da gaveta, e a empresta a outrem que a deixa sobre a mesa; um terceiro a encontra e, supondo-a descarregada, vai manuseá-la; o cômodo

está vazio, porém, um quarto personagem entre inopinadamente e pretende assustar o que está segurando o revólver; este se volta e no momento aciona o gatilho; a arma dispara e o projétil, através da porta, vai ferir a sua secretária na sala do lado.⁷

No exemplo, assim como ocorre no processo eleitoral, a sucessão de eventos dificulta enormemente a tarefa de averiguar a causa real que deu azo ao resultado danoso. Entretanto, **não se discute a possibilidade e a necessidade do desempenho da tarefa de provar, para que se possa atribuir responsabilidade e reparar o dano causado**. O empenho para superação deste óbice, sem dúvida, foi, em grande medida, obra dos penalistas que se debruçaram sobre o conceito de causa, buscando identificar quando o resultado seria atribuível à atuação voluntária de determinados sujeitos.⁸

Pela dificuldade existente, com frequência, na prática, para se conhecer do fato ou do ato que deflagrou o dano que se indigita como sendo imputável a um certo agente é que a explicação dos penalistas tem servido de suporte não só para os civilistas⁹, mas também para todos os ramos do Direito elaborarem a doutrina da imputação de responsabilidade, como bem salienta **Eduardo Garcia de Enterría**.¹⁰

Inicialmente, **von Buri** formulou a chamada “*doutrina das equivalências*” ou “*conditio sine qua non*”, em que se entendia como causa de um determinado resultado todos os fatos que concorreram para tanto. Assim, todas as condições que houvessem interferido na produção do ato seriam consideradas causas equivalentes. De acordo com esta teoria, não seria possível distinguir quais seriam as condições essenciais e as não essenciais para o resultado. Por esta razão, defende o autor que o sujeito, havendo provocado uma lesão em uma pessoa que, conduzida ao hospital, acaba morrendo em consequência de um incêndio, responderia por homicídio.¹¹

Evoluindo a partir da mencionada teoria, **Thyrén** desenvolve um processo hipotético de eliminação segundo o qual “causa é todo antecedente que não

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Altas, 2005. p. 53

4 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; DIREITO, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. v. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 61.

5 LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 28.

6 ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1952, p. 56.

7 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 86.

8 Não se pode confundir a ideia de causalidade – conforme explicitado no item acima, com a noção de culpabilidade a qual determina se uma conduta deve ser reconhecida como fundamento jurídico suficiente para imputação de consequências jurídicas.

9 DIAS, Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. São Paulo: Forense, 1983, p. 177; SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 79.

10 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. t. II, Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 354.

11 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 164. José Cirilo de Vargas afirma que esta teoria da causalidade foi a única a ser estudada cientificamente (“Instituições de direito penal”, parte geral, T. I, Del Rey, 1997, pág. 239)

pode ser suprimido in mente, sem afetar o resultado".¹² Assim, seria causa aquela ação que, caso suprimida, faria com que o resultado antijurídico desaparecesse simultaneamente.

Vasta pesquisa e diversos posicionamentos foram expostos a respeito do tema, tendo **Nelson Hungria**¹³ relacionado, além da referida teoria da equivalência dos antecedentes causais ou da *conditio sine qua non*, a teoria da causalidade adequada¹⁴, a teoria da eficiência¹⁵, a teoria da causa decisiva¹⁶, a teoria do equilíbrio¹⁷, a teoria da condição insubstituível¹⁸, a teoria da tipicidade condicional¹⁹. Mais modernamente, surge a teoria da imputação objetiva.²⁰

Trabalhos profundos sobre a imputação foram elaborados pelos penalistas, vez que nesta seara jurídica a noção de imputabilidade converte-se em ideia mestra de todo o sistema normativo. No Direito Positivo brasileiro, o art. 13 do Código Penal Brasileiro adotou a teoria da equivalência dos interesses, sendo referência obrigatória no estudo da matéria ao dispor que: "*o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*"

Diante da extensão do conceito de causa dado pela teoria *conditio sine qua non* – que, no famoso exemplo, pode levar o marceneiro que produz a cama ao crime de estupro – como forma de limitar a causalidade, os autores civilistas tem adotado a teoria do dano direto e imediato (art. 403 do Código Civil), de modo que nem todas as condições que concorreram para o dano são tidas como equivalentes, apenas constituindo causa do dano aquela que estava mais próxima de produzir o resultado.²¹ Em síntese da posição adotada pela doutrina civilista, **Aguiar Dias** afirma:

Em lugar de se apurar quem teve a última oportunidade (como sustenta a teoria norte-americana – *the last clear chance*), o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é, quem estava em melhores

condições de evitar o dano; *de quem foi o ato que decisivamente* influenciou para o dano. Isso, aliado à indagação da idoneidade da culpa, na produção do dano, dará critério seguro para a solução exata ao tormentoso problema da concorrência de culpas ou concorrência de atos produtores do dano.²²

Contudo, diferentemente do Código Penal e do Código Civil, no âmbito da **responsabilidade eleitoral**, não há nenhuma regra expressa sobre o nexo causal. Não há, portanto, norma jurídica que estabeleça parâmetros para definir causalidade, assim como também não há regra que exclua preventivamente sua investigação.

Equivocadamente, como forma de solucionar a questão, tem-se afirmado que as "*consequências*" imputadas ao candidato beneficiário de um ato ilícito encontra fundamento na **responsabilidade objetiva**. Ora, é preciso estar claro que a responsabilidade objetiva **não prescinde do nexo de causalidade**, mas apenas do *animus* (dolo ou culpa) que direciona a atuação do responsável.

No caso sempre citado da responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §4º, da CR/88), note-se que estamos diante de um **ente abstrato**, "*peças jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos*", cujos "*agentes, nessa qualidade*", mantém vínculo que se sustenta na **teoria do órgão**. Dessa forma, é inegável o nexo de causalidade que se estabelece entre o ato ilícito e o Estado quando este é praticado por um agente público que "*presenta*" a pessoa jurídica estatal.

Essa hipótese não se equipara, em nenhuma medida, com a condição do candidato beneficiário, pessoa natural, que sem qualquer participação acaba beneficiado por um ato ilícito praticado por terceiro.

Por outro lado, a figura da *culpa in eligendo* também não fundamenta a dispensa do nexo de causalidade como requisito da responsabilidade. Como o próprio nome denota, essa figura que encontrava **previsão no Código Civil de 1916** albergava a **culpa presumida** nos casos em que caracterizada a "*má escolha do preposto*"²³. Embora flexibilize a culpa com a presunção da *má escolha*, não dispensa o nexo de causalidade. Significa dizer que

12 FRAGOSO, 1992, p. 165.

13 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I. Forense: Rio de Janeiro, 1958, p. 60-67.

14 "Causa é a condição em geral idônea e adequada a determinar o fenômeno".

15 "Causa é a força que produz um fato".

16 "Causa é o elemento dinâmico que decida da espécie do efeito".

17 "Causa é a força última que, rompendo o equilíbrio entre os elementos favoráveis (positivos) e os contrários (negativos), produz o evento".

18 "Só é causa a condição indispensável em relação ao evento".

19 Existe nexo causal, em direito penal, quando entre uma determinada conduta típica (isto é, correspondente a descrita em uma norma penal) e um determinado evento, consistente em particular modificação do mundo externo (também descrita, de regra, na dita norma), existe uma relação que tenha os característicos de sua cessão, necessidade e uniformidade".

20 "A casação de um resultado típico só realizará o tipo objetivo delitivo, se o agente criou um perigo juridicamente desaprovado que se consubstanciou naquele". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I, p. 303.

21 VARELA, 2001, p. 251-252.

22 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. São Paulo: Forense, 1987. v. II, p. 314-315.

23 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.

a **prova de que o responsável pela prática do ato ilícito foi escolhido pelo candidato**, de alguma forma, é indispensável. Nesses termos, o candidato **deixa de ocupar a posição de mero beneficiário** e passa a ocupar a posição de **responsável** que elegeu aquele que praticou o ato ilícito²⁴.

Esse contexto revela que para sustentar a imputação de uma consequência (perda de mandato, multa ou inelegibilidade) àquele que ostenta apenas a condição de beneficiário, **a jurisprudência e na doutrina, na verdade, acabaram por dar aplicação à teoria do risco integral**. Essa sim dispensa tanto o elemento subjetivo quanto o nexo de causalidade para que se possa atribuir consequências àquele que se beneficia da prática de um ato ilícito. Como esclarece **Cavaliere Filho**, voltado para a responsabilidade civil, *"a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência de nexo causal"*²⁵.

Cabe lembrar que, exatamente nesses termos, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral reconhece a ausência de prévio conhecimento do beneficiário (participação, dolo ou culpa), mas insiste na imposição da perda de mandato por entender que *"a perda do mandato, que pode decorrer da ação de impugnação, não é pena, cuja imposição devesse resultar da apuração de crime eleitoral de responsabilidade do mandatário, mas, sim, consequência do comprometimento da legitimidade da eleição por vícios de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude"*(AG 7209).

De fato, como dispensa o elemento subjetivo e o nexo de causalidade, pode-se dizer que a jurisprudência tem adotado uma **responsabilidade eleitoral fundada no risco**: a partir do momento em que lança sua candidatura, o candidato assume a responsabilidade por todos os atos praticados na campanha eleitoral. Independentemente de seu prévio conhecimento, de sua participação ou do elemento subjetivo com que atue, ele assumiria as consequências de todos os atos praticados ao longo de sua campanha eleitoral.

Essa posição, contudo, não parece consentânea com o momento atual e com o panorama normativo da legislação eleitoral. Mesmo porque, seu pressuposto

fundamental é o de que esta seria a única forma de resgatar a **"legitimidade da eleição por vícios de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude"**.

Como sustentavam os irmãos **Mazeaud**, principais críticos da doutrina do risco, embora a equidade requeira que aqueles que retiram os proveitos suportem os riscos, ela requer também que *"aquele cuja conduta é irreprochável não possa ser inquietado"*²⁶.

Ademais, a **excepcionalidade e o extremo dessa medida exigem previsão normativa específica**. Para dispensar o nexo de causalidade seria necessário encontrar referência expressa a esse formato de responsabilidade no art. 73 da Lei 9.504/97 e no art. 22 da LC 64/90, o que não ocorre. Com todo o respeito que merecem as opiniões contrárias, tais dispositivos não fornecem elementos sequer para sustentar a responsabilidade objetiva - que dispensa apenas o elemento subjetivo, repita-se. Note-se que o art. 37, §4º, da CR/88 ao tratar da responsabilidade do Estado exige a presença do dolo ou da culpa para responsabilização dos agentes públicos, o que permite a interpretação de que a norma não faz a mesma exigência para o Estado.

De todo modo, independentemente da vertente de responsabilidade que se adote (objetiva ou subjetiva) nenhuma delas prescinde do nexo de causalidade. A imputação de responsabilidade pressupõe, em qualquer hipótese, a identificação do nexo de causalidade entre o dano e o ato ou comportamento danoso. Não se pode desprezar a **causalidade** para impor uma "consequência" ou sanção, seja ao responsável, seja ao beneficiário do ato lesivo²⁷, pois seria indevida a imposição de responsabilidade sobre àquele que **não participou da produção do resultado**²⁸.

A relevância do debate encontra amparo na realidade revelada pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

Nesse sentido, é bastante significativo o julgamento do AgR-REspe n. 27896, Rel. para acórdão **Min. Felix Fischer**, DJe 18.11.2009. Embora conhecido por haver sedimentado a tese de que *"a configuração da prática de conduta vedada independe de potencialidade"* e de que *"o juízo de proporcionalidade incide apenas no momento da fixação da pena"*, esse precedente revela a importância do debate.

24 Confira-se o AgR-REspe 601-17/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, em que o "TRE/SC reconheceu a prática do abuso de poder econômico decorrente da distribuição massiva de combustível a eleitores - patrocinada por pessoas que apoiavam a candidatura dos agravantes - em dia antes das eleições. De acordo com as instâncias ordinárias, a distribuição não foi vinculada a nenhuma carreira, mas sim condicionada à manifestação favorável à candidatura dos agravantes".

25 Cf. CAVALIERI... ob. cit. p. 157.

26 SILVA PEREIRA, Caio Mário. ob. cit. p. 266

27 LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 28.

28 ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1952, p. 56.

No caso, o "assessor de um vereador utilizou computadores, impressora e horário de expediente na Câmara Municipal para fazer campanha eleitoral para candidatos majoritários do PSDB e coligação (Alckmin, Serra e Afif) [eleições 2006]". Apenas o assessor e o vereador eram réus no processo; os candidatos beneficiários da conduta vedada não integraram a lide. O TSE reconheceu que "o uso de bens e serviços públicos em favor da campanha eleitoral foi fato isolado, não tendo o recorrido agido com dolo". Entretanto, **aplicou multa no valor mínimo de 5.000 UFIR** aos réus, por entender que "o elemento subjetivo com que as partes praticam a infração não interfere na incidência das sanções previstas nos arts. 73 a 78 da Lei nº 9.504/97".

Pode-se afirmar, a partir desse caso, que o TSE admitiu a **tese da responsabilidade objetiva** para sancionar os **responsáveis** pela prática da conduta vedada e do abuso de poder (no caso, o vereador e seu assessor). O que dizer quanto aos beneficiários que não tiveram participação na prática dos atos ilícitos (no caso, *Alckmin, Serra e Afif*)? Embora, nesse caso específico, eles não tenham integrado o polo passivo da lide, seria possível concluir que, caso fossem parte, também seriam sancionados com fundamento na **responsabilidade pelo risco**?

Partamos da situação fática narrada no precedente relatado pelo Min. Felix Fischer (AgR-REspe n. 27896): um vereador utilizou-se de bens públicos para beneficiar a campanha eleitoral do candidato a governador sem a atuação dolosa, culposa ou prévio conhecimento deste. Imaginemos que o ato foi irrelevante e que não teve gravidade/potencialidade suficiente para levar à perda do mandato (já que a hipótese em que há cassação de mandato foi tratada acima). Nesses casos, esse candidato a governador, beneficiário do ato ilícito, deve ser sancionado?²⁹

Vejam os quais as possibilidades se abrem: nos casos em que o candidato não fora eleito, independentemente da gravidade do ilícito, é impossível sujeitá-lo à perda do mandato. Restaria, portanto, a aplicação de uma multa (art. 73, §§4º e 5º, da Lei 9.504/97) e o **debate** a respeito da incidência das inelegibilidades decorrentes do art. 1º, I, "d", "h" e "j", conforme o caso³⁰. Já nas hipóteses em que a conduta vedada não fora suficientemente grave

para a imposição da perda de mandato, restaria apenas a aplicação da multa. Concretamente, a situação descrita impõe a seguinte pergunta: o candidato a governador, que acabou se beneficiando de uma conduta vedada e/ou ato abusivo, mesmo sem qualquer participação, prévio conhecimento, dolo ou culpa deve, ainda assim, ser **responsabilizado** com a imposição de uma multa e/ou com a incidência de uma hipótese de inelegibilidade?

A resposta é negativa. Nesses casos, não falta apenas o elemento subjetivo (dolo ou culpa), mas **falta a mínima razão jurídica que justifique a adoção da teoria do risco integral com a dispensa do nexo de causalidade**.

Nesse momento, certamente alguns dirão: a seara eleitoral exige sistema peculiar que assegure seja **reestabelecida a legitimidade do pleito**, mesmo que se imponha um "efeito colateral" para aqueles candidatos que não são responsáveis ou culpados pelo ato ilícito.

Ocorre que essa peculiaridade perde sentido nos casos em que não há cassação do registro ou do diploma. **Simplemente porque não há legitimidade de pleito a ser restaurada!** Tanto a multa quanto eventuais hipóteses de inelegibilidade não buscam restaurar a legitimidade do pleito, mas apenas sancionar ou alterar a situação jurídica do candidato. **Ora, se não houve cassação do mandato porque não houve gravidade/potencialidade a macular o pleito, inexistente legitimidade ou lisura a se restabelecer e, conseqüentemente, não se está a falar em uma "simples consequência" ou em um necessário "efeito colateral" para o candidato.**

Nesses casos, tanto a multa quanto eventual hipótese de inelegibilidade teriam como único objetivo **responsabilizar diretamente o candidato que ostenta apenas a condição de beneficiário do ato ilícito**. E, não se pode responsabilizá-lo sem culpa, sem dolo, sem participação, sem prévio conhecimento, sem nexo de causalidade e, mais, sem a suposta necessidade de restaurar a legitimidade do pleito que justificaria essa gama de excepcionalidades.

De fato, quando a proporcionalidade exclui a cassação do registro ou do diploma e leva apenas à incidência da multa prevista no §4º do art. 73, da Lei 9.504/97, é indispensável a prova de que o **beneficiário da conduta vedada** tinha ciência ou prévio conhecimento de sua prática. Não bastasse a ausência de previsão legal, também não há, nessa hipótese, razões que justifiquem a objetivação da responsabilidade.

29 Na R-Rp 4251-09, Rel. Min. Nancy Andrighi, o Tribunal Superior Eleitoral sancionou a reponsável pela conduta vedada e, expressamente, eximiu a então candidata Dilma Rousseff de responsabilidade, tendo em vista "o contexto da eleição presidencial". "Na espécie, servidora pública municipal enviou 71 (setenta e uma) correspondências eletrônicas por meio de seu correio eletrônico funcional, divulgando mensagem em favor da então candidata à Presidência da República Dilma Rousseff. A despeito de ser beneficiária da conduta, a representada Duma Rousseff não deve ser sancionada, considerado o contexto da eleição presidencial brasileira".

30 Não apenas pela limitação do objeto, mas pela relevância do tema, os requisitos para incidência de cada uma das causas de inelegibilidade não serão objeto de debate no presente artigo.

A conclusão fundamenta-se no fato de que enquanto a cassação do registro ou do diploma exigiria a objetivação da responsabilidade com vistas à restabelecer a legitimidade do pleito, segundo posição do TSE, a mesma razão não se aplica à inelegibilidade ou à cominação da multa que se impõe como sanção pessoal.^{31 32}

4. Conclusão

Para se impor penalidades ou “consequências” aos candidatos beneficiários de condutas vedadas ou abuso de poder, não se pode ter em conta apenas uma suposta objetivação da reponsabilidade eleitoral que afastaria o elemento subjetivo (dolo ou culpa). É indispensável considerar que nem mesmo a responsabilidade objetiva afasta a necessidade de se apontar o **nexo de causalidade** existente entre o indivíduo sancionado e a conduta ilícita. Nos casos em que não se apura a participação, prévio conhecimento, dolo ou culpa do candidato beneficiário do ato ilícito **não é possível identificar nenhum nexo de causalidade entre este e o dano causado pelo ato em si**. O regime jurídico eleitoral não alberga a teoria do risco integral, de modo que os candidatos que não se relacionam, em nenhuma medida, com a prática do ato ilícito não podem sofrer sanções ou “consequências” em virtude de sua apuração. Além disso, nos casos em que a conduta vedada ou abuso de poder não acarretam a perda de mandato, não falta apenas o elemento subjetivo (dolo ou culpa) para imposição de “consequências” ao candidato beneficiário, mas **falta a mínima razão jurídica que justifique a adoção da teoria do risco integral com a dispensa do nexo de causalidade**. Assim porque, não há sequer **legitimidade do pleito** a ser restabelecida.

31 Especificamente nos casos de divulgação de propaganda institucional (art. 73, VI, “b” da Lei 9.504/97) o Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou no sentido de que “É certo ser imprescindível a comprovação da autorização da propaganda institucional, não podendo ser a responsabilidade presumida do agente público” (AI n. 10.280/SP, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 14.9.2009, e REspe n. 25.614/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha). “Deve ser comprovada a autorização ou prévio conhecimento da veiculação de propaganda institucional, não podendo ser presumida a responsabilidade do agente público (AI n. 10.280/SP, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJe de 14.9.2009, e REspe n. 25.614/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 12.9.2006). Contudo, não há se falar em presunção no caso em debate. **Cabe analisar, em cada caso concreto, se o beneficiário da propaganda institucional teve ou não conhecimento da propaganda** (Precedentes: REspe n. 35.903/SP, Min. Rel. Arnaldo Versiani, DJE de 2.9.2009; AgRg no AI n. 10.969, de minha relatoria, DJE de 4.8.2009; e AAg 7.501/SC, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 16.3.2007). No caso, o e. TRE/SP entendeu como peculiaridade do caso o fato de o agravante, beneficiado pela propaganda institucional, ser o chefe do Poder Executivo, e, portanto, responsável por esta. A Corte *a quo* analisou as provas e as circunstâncias do caso em tela e concluiu pela prática de propaganda institucional em período vedado. Conclusão diversa do arremate do e. TRE/SP ensejaria, necessariamente, o reexame de fatos e provas, inadmissível na via do recurso especial (Súmulas n. 279/STF e n. 7/STJ). 4. Agravo regimental não provido.” (g.n.) (AgR-Respe n. 36.251/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 10.3.2010) No mesmo sentido: AgR-AI 10071, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 2/6/2010.

32 Mais recentemente, ao julgar representação ajuizada contra um prefeito e a Presidenta Dilma Rousseff pela conduta vedada consubstanciada em “notícias [que] foram realmente divulgadas na página institucional da prefeitura”, o TSE entendeu que “a jurisprudência do TSE fixou-se no sentido de que a caracterização da conduta vedada requer a demonstração da responsabilidade do agente público pelo cometimento do ato irregular” (rel. Min. Henrique Neves, RP n. 3354-78/DF, DJE de 14.12.210; Rp no 4221-71, Min. Marcelo Ribeiro). Afirmou-se que “as provas amealhadas só comprovam a veiculação das matérias na página da Prefeitura de Trairi/CE, mas não trazem sequer indício de que Josimar Moura Aguiar, então Prefeito, tenha participado direta ou indiretamente da conduta, com ela anuído, ou dela tivesse conhecimento”. (Rp no 4221-71, Min. Marcelo Ribeiro, DJe 6.10.11). No caso, como não demonstrada a conduta vedada em relação ao terceiro responsável pela prática do ato, entendeu o Tribunal estar prejudicada a representação em relação à Presidente, que foi apontada apenas como beneficiária do ato.

5. Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. São Paulo: Forense, 1983.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; DIREITO, CAVALIERI

FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. v. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. t. II, Madrid: Editorial Civitas, 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. I. Forense: Rio de Janeiro, 1958.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960

ORGAZ, Alfredo. *El daño resarcible*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1952.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Altas, 2005.

P rincípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade Material no Crime de Divulgação de Propaganda de Candidato ou Partido no Dia das Eleições

Sumário

1. Introdução
 2. O crime de divulgação de propaganda de candidato ou partido no dia das eleições e o bem jurídico protegido
 3. Atual concepção de tipicidade
 4. Princípio da insignificância: fundamentação
 5. Princípio da insignificância e o crime de divulgação de propaganda de candidato ou partido no dia das eleições e o bem jurídico protegido
 6. Conclusão
- Referências bibliográficas

Danilo Fernandes Christófar - Pesquisador e Professor.



1. Introdução

Nos últimos anos, o princípio da insignificância tem sido exaustivamente debatido nos Superiores Tribunais, especialmente no Supremo Tribunal Federal¹. Como crítica inicial, esses debates e dissensos envolvendo a aplicação do referido princípio foram de grande valia para o amadurecimento do tema, contudo, o que vemos hoje é uma discussão onde basicamente o que se altera é o objeto do crime (bacalhau², chocolates³ etc.) e raramente volta a se discutir a dogmática envolvendo o tema. Diante disso, poderíamos entender que o tema já foi suficientemente amadurecido, entretanto - e aqui reside o escopo desse artigo - os Superiores Tribunais ainda "escorregam" em alguns pontos. No presente, pretendo abordar a aplicação do princípio da insignificância, dando especial atenção à sua incidência nos crimes eleitorais, mais especificamente no crime tipificado no inciso III do § 5º do art. 39 da Lei n. 9.504/1997 - divulgação de propaganda de candidato ou partido no dia das eleições.

Para tanto, passarei pelos seguintes passos: no item 2, falarei sobre o crime de divulgação de propaganda de candidato ou partido no dia das eleições e o bem jurídico tutelado. No 3, passarei, ainda que brevemente, pelo conceito atual de tipicidade e a aproximação que ocorreu dos postulados constitucionais. No item 4 abordarei especificamente o princípio da insignificância, dando enfoque na sua fundamentação e vetores para aplicação. Por fim, com a ajuda de um caso hipotético, pretendo deixar clara a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes eleitorais.

2. O crime de divulgação de propaganda de candidato ou partido no dia das eleições e o bem jurídico protegido

Luiz Carlos Santos Gonçalves traz ótima definição a respeito do tipo penal analisado por nós no presente

item: "A lei eleitoral só permite a propaganda eleitoral a partir do dia 5 de julho do ano das eleições, art. 36. A data final é a véspera das eleições, 22 horas, art. 39, § 9º (nesse caso, para a 'distribuição de material gráfico, caminhada, carreatas, passeiras ou carro de som que transite pela cidade divulgando *jingles* ou mensagens de candidatos'). No dia da eleição, nenhuma propaganda é aceita. O ideário legislativo é de que todo o convencimento do eleitor deve ter ocorrido anteriormente, permitindo que o dia mesmo do pleito seja de reflexão e exercício do voto, com tranquilidade e sem interferências".⁴

O legislador, no art. 39, § 5º, da Lei 9.504/97, tipificou o crime de divulgação de propaganda de candidato ou partido no dia das eleições, buscando, com isso, coibir interferências no exercício do voto e na liberdade de escolha dos eleitores, bem jurídicos protegidos por esse dispositivo.

Ocorre que, mesmo lidando com bens jurídicos extremamente importantes, nem todo "ataque" a ele pode ser previamente considerado significativo e, embora formalmente tipificado como crime, não contempla a dimensão material do tipo, conforme veremos abaixo.

3. Atual concepção de tipicidade

Ao estudar toda a evolução histórica do conceito de tipicidade – não o faremos aqui, pois não é o objetivo desse trabalho - observa-se uma particularidade: em todas as fases a tipicidade foi sempre entendida como um juízo de subsunção do fato à letra da lei, isto é, bastava o fato corresponder ao tipo legal que estava caracterizado o crime. Qualquer conduta, desde que positivada, configurava um delito, mesmo sendo de insignificante poder lesivo.

A doutrina moderna demonstra insatisfação com esta concepção de mero juízo formal, deste modo, atribui à tipicidade um aspecto material, dando ao tipo conteúdo

¹ Com uma simples busca pelo termo "princípio da insignificância", no site do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar centenas de ocorrências.

² HC 110.370.

³ HC 107.733.

⁴ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes eleitorais e processo penal eleitoral*, p. 129.

valorativo e não somente descritivo. Hoje, busca-se fazer valer o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal e, para tanto, uma das formas de se alcançar esse mister é atribuir ao tipo penal o caráter material.

Podemos classificar a atual concepção de tipicidade como uma “tipicidade constitucionalista” - classificação adotada por diversos doutrinadores⁵ - que se caracteriza pela aproximação e integração entre o Direito Penal e a Constituição.

Nesta nova concepção de tipicidade, afasta-se a antiga roupagem puramente formalista, construindo-se uma tipicidade com duas dimensões: formal e material, que passa a ser totalmente influenciada pelo Estado Constitucional de Direito.

Com essa evolução, dá-se especial relevância à ofensa gerada pelo delito (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado), isto é, não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*)⁶. Esta parcela material do delito (ofensa desvaliosa ao bem jurídico), que antes era tratada dentro da ilicitude, com a teoria atual (constitucionalista) passou a ser tratada também pela tipicidade.

Luiz Flávio Gomes assim expõe:

“no lugar da divisão finalista dualista (parte objetiva e parte subjetiva) sugere-se agora uma tripartição: parte formal, material e subjetiva. Não se pode negar que a segunda etapa (normativa) tem também cunho objetivo, porque também ela não pertence ao mundo anímico do agente. Mas pela sua relevância acabou ganhando status diferenciado dentro da tipicidade. Nós a denominamos de dimensão material. A primeira, destarte, passa a ser formal. Ambas, na verdade, são objetivas (não pertencem ao

mundo anímico do agente). Mas doravante bem definidas como formal e material.”⁷

Vejamos, então, cada um desses aspectos.

A dimensão formal da tipicidade (tipicidade formal) caracteriza-se pela adequação do fato à letra da lei, ou seja, o fato concreto se amolda ao tipo formalmente previsto em lei. No que tange ao aspecto subjetivo, por não ser o intuito desse trabalho, limitar-nos-emos a apontar somente que se relaciona com dolo ou culpa do agente (aspecto anímico do agente).

A tipicidade material é composta por três juízos valorativos. Conforme lição de Luiz Flávio Gomes, os três juízos valorativos são: 1º) *juízo de desaprovação da conduta* (cabe ao juiz verificar o desvalor da conduta, ou seja, se o agente, com a sua conduta, criou ou incrementou um risco proibido relevante); 2º) *juízo de desaprovação do resultado jurídico* (isto é, desvalor do resultado que consiste na ofensa desvaliosa ao bem jurídico) e 3º) *juízo de imputação objetiva do resultado* (o resultado deve ser a reação do risco criado ou incrementado).

O fato, para ser materialmente típico tem que preencher os três níveis de valoração, isto é, juízo de desaprovação da conduta (criação ou incremento de riscos proibidos relevantes), juízo de desaprovação do resultado jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico) e juízo de imputação objetiva do resultado (o resultado deve ter conexão direta com o risco criado ou incrementado).

4. Princípio da insignificância: fundamentação

O princípio da insignificância tem sua fundamentação nos valores do Estado Democrático de Direito, encontrando amparo em vários outros princípios, dentre os quais, destaque: fragmentariedade do Direito Penal, intervenção mínima, subsidiariedade, ofensividade, igualdade, liberdade etc. Tem base na própria hermenêutica penal

⁵ Por todos, Claus Roxin. Derecho Penal, Parte General. Madrid: Civitas, 2002.

⁶ Nesse sentido, Luigi Ferrajoli. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. p. 91.

⁷ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Direito Penal. Parte Geral. Vol. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 232.

e, não de forma isolada, mas sistemática, encontra-se intimamente ligado a vários outros princípios.

O Direito Penal tem caráter fragmentário, subsidiário, de *ultima ratio*, deve intervir o mínimo possível (princípio da intervenção mínima), expurgando fatos insignificantes do seu campo de atuação.

Luiz Flávio Gomes destaca:

“...se por força do ‘princípio do fato’ (ou materialização da ação) é imprescindível a exteriorização da conduta para a configuração de um fato punível, em razão do princípio da ofensividade (ou necessária ofensividade) é incontestável que essa exteriorização retrate uma ofensa ao bem jurídico. Mas em virtude do princípio da fragmentariedade unicamente a lesão ou perigo de lesão grave ou intolerável ao bem protegido é que legitima a intervenção penal. O direito penal deve incidir exclusivamente quando a ofensa seja significativa, quer dizer, importante, relevante (*rectius*: intolerável). Daí se conclui: quando o fato é reconhecidamente insignificante ou de nímia ofensividade (um furto de muito poucos reais, p.ex.), parece mais correto, proporcional, política e criminalmente melhor a não incidência do Direito penal, o que significaria em última instância uma forma de despenalização da referida conduta.”⁸

Não há mais espaço para intervenções descabidas do Direito Penal. Todavia, vale sublinhar que a não aplicação do Direito Penal em infrações bagatelares não traduz uma omissão estatal. As condutas continuam repercutindo na órbita jurídica, seja a cargo do direito civil, ou do eleitoral, administrativo etc., conforme o caso.

5. Princípio da insignificância e o crime de divulgação de propaganda de candidato ou partido no dia das eleições e o bem jurídico protegido

Partindo do novo conceito de tipicidade, a jurisprudência brasileira criou alguns vetores para analisar seu relevo material. O Ministro Celso de Mello, no HC 84.412/SP, assim pontuou:

“O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por

8 GOMES, Luiz Flávio. *Causas excludente da tipicidade*. São Paulo: RT, 2009.

não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social” (grifos nossos)

Na mesma esteira, outros Ministros também têm usado os mencionados vetores: RHC 112701 / DF – Gilmar Mendes, HC 110840 / MS – Joaquim Barbosa, RHC 111044 / DF – Dias Toffoli, HC 109230 / RS - Ricardo Lewandowski etc.

Como visto, no Supremo Tribunal Federal o princípio da insignificância vem sendo amplamente aplicado, entretanto no Tribunal Superior Eleitoral a realidade não é a mesma.

Mas o que nos preocupa não é a quantidade de ações em que o princípio da insignificância vem sendo aplicado ou afastado, mas sim a forma como vem sendo feita essa análise.

Em recente julgado⁹ a Min. Carmen Lúcia foi relatora de um recurso especial interposto pelo Ministério Público Eleitoral contra decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte, que aplicou o princípio da insignificância num caso envolvendo a distribuição de material de divulgação no dia da eleição (crime tipificado no inciso III, § 5º do art. 39 da Lei n. 9.504/1997).

Houve importante discussão acerca da valoração das provas, de um lado falava-se num único “santinho”¹⁰ e de outro argumentava-se que no carro havia amplo material de divulgação. Não vou adentrar na discussão probatória. Vou me ater aos fundamentos da Ministra Carmen Lúcia, que afastou aplicação do princípio da insignificância:

“Ainda que se apreendesse um único panfleto, a atitude do Recorrido continuaria sendo lesiva à regularidade das eleições,

conspirando contra o direito dos cidadãos a um pleito isento de máculas.

Adjetivar de desprezível a propaganda irregular no dia das eleições significa apequenar a democracia e vulgarizar o momento solene da escolha dos representantes do povo.

No Agravo Regimental n. 10.672, de minha relatoria, julgado no Tribunal Superior Eleitoral em 28.10.2010, enfrentando questão semelhante, anotei que “o princípio da insignificância, conforme afirmado na decisão agravada, não pode ser aplicado, porque o bem tutelado é o livre exercício do voto, a lisura do processo de obtenção do voto. O grau de reprovabilidade do comportamento do Agravante não pode ser considerado como reduzido e o bem jurídico tutelado não é ínfimo.”¹¹

Com a devida vênia, não concordamos com o posicionamento da Ministra. Convidamos o leitor - utilizando esse caso prático e imaginando que supostamente tivesse sido um único “santinho” - a percorrer os vetores de aplicação do princípio da insignificância e verificar se o crime tipificado no inciso III do § 5º do art. 39 da Lei n. 9.504/1997 não poderia ser, nessa situação, insignificante:

- a) **a mínima ofensividade da conduta do agente:** a ofensividade da conduta foi mínima?
- b) **a nenhuma periculosidade social da ação:** a ação praticada pelo agente que distribuiu o santinho é socialmente vista como perigosa? Causa pavor na sociedade?
- c) **o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento:** a sociedade reprova veementemente esse comportamento? Ou já estamos acostumados, em

⁹ Respe 11887-16.2008.6.20.0000/RN.

¹⁰ Pequeno prospecto impresso utilizado para fazer propaganda eleitoral, contendo o nome e o número do candidato.

¹¹ Respe 11887-16.2008.6.20.0000/RN, pags. 7/8.

todas as eleições, a ver inúmeras pessoas distribuindo “santinhos”, propagandas, adesivos etc., sem que ninguém reprove tal conduta?

d) **a inexpressividade da lesão jurídica provocada:** essa conduta seria capaz de ofender significativamente o bem jurídico protegido (exercício do voto e liberdade de escolha dos eleitores)? Será mesmo que um único santinho influenciaria na livre convicção do eleitor?

Creio, com base na análise dos vetores acima, que tal conduta certamente seria insignificante, excluindo-se, o que excluiria, deste modo, a tipicidade material, resultando na atipicidade material do fato.

6. Conclusão

1. Podemos depreender que a tipicidade evoluiu, não admitindo ultrapassado conceito, onde bastava a mera subsunção do fato à letra da lei para restar configurado o crime.

2. Para termos um fato típico é necessário que ele preencha as duas dimensões de tipicidade: formal e material.

3. Com o aprimoramento material da análise típica, a doutrina desenvolveu a noção de ofensividade da conduta e do resultado e, por consequência, inúmeras situações antes confirmadas como criminosas deixaram de merecer a reprovação estatal, por força de sua inexpressividade social.

4. O princípio da insignificância pode ser aplicado aos crimes eleitorais, mais especificamente ao crime de divulgação de propaganda de candidato ou partido no dia das eleições, desde que observados os vetores de aplicação, sendo: a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Referências Bibliográficas

ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Madrid: Civitas, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. RT, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Direito Penal. Parte Geral. Vol. 2. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Causas excludente da tipicidade. RT, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. RT, 2010.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Crimes eleitorais e processo penal eleitoral. Atlas, 2012.

Breves Considerações Sobre a Responsabilidade da Propaganda Eleitoral Na Internet

Henrique Neves da Silva - Advogado. Sócio do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral – IBRADE. Ministro Substituto do Tribunal Superior Eleitoral no período de 2008-2012. Ministro Auxiliar para representações e reclamações da Lei 9.504, de 1997 nas eleições presidenciais de 2010.



A partir da criação da rede mundial de computadores e a sua popularização no final do século passado, o mundo enfrentou uma realidade que o transformou. A gama de notícias transmitidas pelo rádio e pela televisão foi ampliada a uma abundância nunca vista. O sociólogo francês Pierre Bourdieu, em sua obra *Sobre a Televisão* alertava que o verdadeiro poder da mídia não estava na divulgação de notícias, mas na seleção de quais notícias deveriam e poderiam ser divulgadas. A infinidade do espaço virtual da Internet reduziu drasticamente o poder de seleção que limitava ou o não a informação trazida ao conhecimento público. Tal poder, antes concentrado na mão de poucos, está hoje disseminado nas vozes, palavras e imagens que são divulgadas em velocidade alucinante nos sítios e páginas pessoais. Além disso, elas são transmitidas em incessante e frenética troca de mensagens eletrônicas.

O custo de divulgação da informação pela internet é extremamente reduzido em relação aos valores necessários para geração dos sinais de rádio e televisão ou mesmo para impressão e circulação de jornais e revistas. A velocidade de transmissão é quase instantânea, sem limitação de espaço ou tempo.

Com a proliferação dos sítios pessoais e a criação de ferramentas de interação, novos mecanismos de intercâmbio de informações foram criados. Grupos virtuais se formam e aumentam de tamanho diariamente. Paradoxalmente, pessoas distantes se tornaram próximas no mundo virtual.

A falta de controle editorial e a liberdade incomensurável da Internet permite a divulgação de qualquer tipo de informação: útil ou inútil, verdadeira ou não; aprofundada ou superficial; comprovada ou especulada. O fértil terreno para as invenções e boatos não desmerece a importância das fontes fidedignas que diariamente utilizam esse veículo para relatar fatos reais, defender ou criticar ideias e opiniões. Ao usuário, caberá selecionar as fontes nas quais depositará a sua confiança e a que considerará suspeita. Tal modo de agir é idêntico ao que ocorre no

mundo real, quando se opta por um órgão de imprensa, colega ou amigo a merecer crédito por suas palavras, ao passo que as informações provenientes de outros são recebidas com reservas.

O importante, porém, é que com a multiplicação das fontes de informação, a democracia é fortalecida, como registra Robert Dahl em sua obra *Sobre a Democracia*. Respondendo suas próprias perguntas sobre a democracia e o reflexo na condução da coisa pública, o autor demonstra a importância e o valor das fontes alternativas de informação. Realmente, a partir do acesso ilimitado às informações independentes que exploram fato ou questão por diversos ângulos e lados, o cidadão é capaz de formar seu posicionamento a partir de uma melhor cognição do problema, de sua extensão e das múltiplas facetas, o que lhe permite analisar os méritos e deméritos envolvidos e chegar a uma conclusão mais elaborada. O debate democrático traz consciência à cidadania.

Em virtude de cada e de todos esses aspectos, o uso da Internet tem se intensificado nos debates políticos. Consequentemente, a Internet passou a integrar ativamente as campanhas eleitorais. O exemplo e sucesso da campanha do Presidente Barack Obama nas eleições americanas de 2008 contagiaram o cenário político mundial e atraíram a atenção dos candidatos. A habilidade de arrecadar fundos de campanha por meio da Internet impressionou e trouxe à atenção dos políticos a possibilidade de reforçar o financiamento eleitoral.

No Brasil, o impacto foi imediato. O Congresso Nacional alterou a legislação eleitoral por meio da Lei nº 12.034, de 2009, que, dentre outras modificações, alterou o art. 23 da Lei nº 9.504, de 1997 para prever a possibilidade de doação eleitoral pela Internet e introduziu dez novos artigos para regular a propaganda eleitoral.

A iniciativa parlamentar serviu para regular a matéria até então timidamente disciplinada por Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que, superficialmente, permitiam a propaganda eleitoral em sítios da internet a partir dos

antigos domínios *.can.br* e posteriormente admitiram a utilização da usual terminação *.com.br*. As novidades decorrentes da evolução levaram o Tribunal Superior Eleitoral, no início do século, a discutir a regulamentação da propaganda eleitoral na Internet.

O então Corregedor-Geral da Justiça Eleitoral, Ministro Ari Pargendler, chegou a proferir minucioso voto que traçava as linhas gerais de utilização dos sítios e mensagens eletrônicas. A maioria do Plenário do Tribunal, entretanto, considerou que a regulamentação não deveria ser realizada naquele momento.

A primeira alteração provocada pela reforma de 2009 não obteve o impacto previsto por alguns. A possibilidade de doação eleitoral pela Internet foi restrita às pessoas físicas, não sendo contempladas ou permitidas doações provenientes de pessoas jurídicas. O valor obtido por meio de doações eletrônicas nas eleições de 2010 não foi relevante. Muito menos impactante, como ocorrera nas eleições norte-americanas. Alguns candidatos, aliás, terminaram o pleito com despesas de criação e segurança dos sítios e mecanismos de arrecadação que se revelaram superiores ao valor doado pelos eleitores. Verificou-se que, no Brasil, ao contrário de outras culturas, o eleitor prefere manifestar seu apoio aos candidatos por meio de ações individuais e colaborativas ao invés de efetuar doações em dinheiro, além da ainda existente desconfiança em relação a transações financeiras efetuadas pela Internet.

Por outro lado, a opção de regulamentar a Internet sempre atrai diversas e profundas discussões, as quais têm ocupado reiteradamente os debates acadêmicos e políticos sobre a matéria. Confira-se a propósito, no Brasil, o amplo trabalho que antecedeu a elaboração do projeto do marco civil da Internet que, após ampla análise pública conduzida pelo Ministério da Justiça, hoje se encontra na Câmara dos Deputados.

A legislação eleitoral, entretanto, se mostrou pioneira e tentou regular, mesmo que timidamente, alguns aspectos do intrincado e ilimitado mundo virtual. O primeiro

dispositivo introduzido na reforma de 2009 – o atual art. 53-A da Lei Geral das Eleições – possui natureza autorizativa: *É permitida a propaganda eleitoral na internet, nos termos desta Lei, após o dia 5 de julho do ano da eleição.*

Apesar da singeleza do dispositivo, a sua análise encerra talvez um dos maiores problemas do direito eleitoral, que é o de definir a extensão do conceito de “propaganda eleitoral”. Ou seja, o que deve ou não ser considerado como ato que propala uma candidatura com a intenção de obter o apoio popular e o que caracteriza mera autopromoção, crítica ou o sempre essencial debate político.

Aqui, independentemente dos conceitos que a jurisprudência tem desenvolvido sobre o tema da propaganda eleitoral ao longo dos anos, especialmente em relação as modalidades de propaganda *antecipada* ou *extemporânea*, é essencial que não se olvide sobre o sempre necessário respeito às garantias que devem resguardar o livre debate democrático e a liberdade de manifestação do pensamento.

Desta forma, sempre que se estiver diante de uma questão eleitoral relacionada com informações que por transitam pela Internet, o primeiro ponto a ser considerado diz respeito à qualificação dos envolvidos e a verificação preliminar para identificar se o ato apontado como irregular está inserido no campo regulamentado pela legislação ordinária ou se revela mero exercício das garantias constitucionais de livre expressão.

A qualificação dos envolvidos é essencial, inclusive, para definir a respectiva responsabilidade no campo eleitoral sancionatório, se for o caso.

Nesse aspecto, cabe registrar que as referências aos *Provedores de Internet* são feitas muitas vezes de forma genérica. É necessário, contudo, especificar e separar, no mínimo, quatro diferentes tipos de *Provedores*, cujos graus e áreas de intervenção no meio são diferenciados:

Provedor de Acesso é o responsável por realizar a conexão física entre o usuário e a internet. Na maioria das vezes, são as companhias telefônicas que disponibilizam o meio de acesso e promovem a troca dos dados eletrônicos que resultam na interação do usuário com o ambiente virtual;

Provedores de Serviços são aqueles que, sejam ou não também provedores de acesso, fornecem ao usuário uma série de serviços e ferramentas operadas a partir da rede de computadores interligados. Dentre os Provedores de Serviços, é possível destacar outros subtipos, como os *Provedores de Hospedagem* que fornecem aos usuários os meios (programas de software e bancos de dados) para manutenção de determinados arquivos ou páginas na rede em período integral, e os *Provedores de Busca* que permitem ao usuário proceder a uma varredura de informações disponíveis senão em todos, na maioria dos locais de acesso público para identificar em quais locais a informação selecionada está reproduzida.

Provedor de conteúdo é a pessoa física ou jurídica que disponibiliza e divulga na Internet informações (conteúdo), mediante a seleção das informações que deverão ou não constar de determinado sítio da Internet. Tal como o editor de um Jornal, o *Provedor de Conteúdo* escolhe quais as imagens e textos, de sua autoria ou de terceiros, ficarão disponíveis e em qual ordem eles serão apresentados ao usuário.

O provedor de informação é, enfim, o autor da informação. Ou seja, a pessoa física ou jurídica que produz, por criação própria, o conteúdo (informação) que é divulgada pela Internet. Muitas vezes, o *Provedor de Informação* acaba se confundindo com o *Provedor de Conteúdo*, quando quem seleciona qual conteúdo deve ser divulgado é o próprio autor da informação tornada pública.

Tais definições se enquadram em um exemplo comum: Um usuário liga seu computador e o conecta à Internet por meio de uma linha telefônica (*Provedor de acesso*)

e, utilizando ferramentas de busca disponibilizadas por empresas especializadas (*Provedor de Serviços*), encontra determinada reportagem assinada por seu autor (*Provedor de Informação*). Interessado sobre o tema, o usuário lança um comentário no campo próprio existente. Ao fazê-lo, insere uma informação (*Provedor de Informação*) que passará ou não, primeiramente, pelo crivo do responsável pela manutenção da página (que, existir, será o *Provedor de Conteúdo*). Aprovada a informação ficará disponível no sítio mantido pela empresa responsável por fornecer o armazenamento (*Provedor de Serviço – Provedor de Hospedagem*).

Observado o exemplo acima, é importante anotar alguns aspectos gerais sobre a responsabilidade na área eleitoral de cada tipo de provedor.

O *Provedor de Acesso*, no exemplo a Companhia telefônica, responde apenas pela prestação de serviços realizada, a ser resolvida no âmbito civil ou de acordo com o direito do consumidor. Para efeito da legislação eleitoral, há que se compreender que o *Provedor de Acesso* não tem conhecimento específico, em linguagem humana, sobre os milhões de bytes e impulsos que transmite, sendo presumível o seu total desconhecimento sobre o conteúdo e finalidade dos dados trafegados.

O argumento relativo ao desconhecimento do conteúdo que isenta a responsabilidade do *Provedor de Acesso* é comumente invocado pelos *Provedores de Serviços*, em especial, os *Provedores de Hospedagem* que buscam a isenção de responsabilidade na alegação de não disporem de condições físicas e materiais para verificar e ter ciência de todas as informações que são obstinadamente lançadas ou mantidas nos espaços disponibilizados. Sobre o tema, também são normalmente acrescidos argumentos na linha de que a conceituação de matéria como ofensiva ao ordenamento jurídico é questão a ser discutida e definida apenas pela autoridade judiciária.

O primeiro argumento procede, em parte. Realmente, não há como se atribuir responsabilidade ao *Provedor de Serviço* a partir da mera presunção dele ter ciência do conteúdo divulgado nas páginas que são mantidas e alimentadas por terceiros de forma generalizada. Ressalvadas raras situações em que o *Provedor de Hospedagem* mantém uma reduzidíssima quantidade de material que lhe permite a ciência do que está sendo divulgado, a prática demonstra que uma colossal quantidade de informações é inserida nos espaços virtuais a cada instante. Já se chegou a comparar, por exemplo, que a cada minuto, horas de informações são disponibilizadas na Internet. A assertiva se mostra real quando se constata que em poucos segundos é possível carregar grande quantidade de texto, áudio ou vídeo que demandaria várias horas para que fosse possível ler, ouvir ou assistir todo o seu conteúdo.

Esse argumento cede, contudo, quando há prova da ciência prévia do *Provedor de Serviço* sobre o conteúdo da informação armazenada em seus computadores que é utilizada para livre divulgação. A situação se assemelha à regra do art. 40-A da Lei nº 9.504, de 1997, que estabelece que as representações eleitorais devem ser instruídas com a prova de autoria ou do prévio conhecimento do beneficiário, caso este não seja por ela responsável. E, nos termos do parágrafo único do citado dispositivo, admite-se que a comprovação se dá pela prévia intimação da existência da irregularidade quando em quarenta e oito horas não são adotadas as providências necessárias para fazer cessar a infração ou quando as circunstâncias e as peculiaridades revelarem a impossibilidade do beneficiário não ter conhecimento da propaganda irregular.

Na mesma linha, a legislação vigente prevê que aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalvar seus direitos ou, enfim, manifestar qualquer intenção formal, pode fazê-lo por meio de notificação judicial ou extrajudicial.

A notificação nestes casos serve para que o destinatário

intimado tenha ciência inequívoca da alegação de que determinado direito está sendo violado em razão de ação ou omissão. Para que tenha efeito prático e legal, nos casos de páginas hospedadas na Internet, justamente em razão da grande quantidade de dados, a notificação deve ser manejada de forma precisa e minuciosa, com a perfeita identificação do local (endereço eletrônico, URL, IP, etc.) em que a suposta infração estaria configurada. De nada adiantaria notificar o responsável pelo armazenamento dizendo que dentro do palheiro há uma agulha caracterizadora de ilicitude. Para tanto, é essencial, que o sítio e seus desdobramentos (geralmente em linguagem quase que incompreensível ou numérica) sejam perfeitamente identificados.

Realizada essa notificação ou se as circunstâncias permitirem concluir pela impossibilidade de desconhecimento, o primeiro argumento contrário à responsabilidade dos *Provedores de Hospedagem* fica afastado. Sendo inequívoca a ciência, o argumento que parte da aparente ausência de conhecimento fatalmente será afastado.

Surge, então, o segundo tema, em que se aponta a impossibilidade dos particulares se sobreporem à competência reservada ao Poder Judiciário para decidir o que é ou não legal. A questão, porém, não trata propriamente do exercício da atividade da jurisdição. Não se discute que a palavra final e vinculativa, capaz de se sobrepor à vontade das Partes, pertence exclusivamente ao Poder Judiciário em países civilizados e democráticos. Isto, contudo, não afasta o fato de que as pessoas, diária e geralmente, são as primeiras a definir seus atos e deliberar sobre a adoção ou não de ações, a partir do que percebem como lícito ou que correspondam aos seus códigos de conduta.

Nesse sentido, não é estranho que os *Provedores de Serviços* mantenham normas de condutas, regulamentos ou regras que, se violadas pelos usuários, levam à exclusão do conteúdo divulgado, ou mesmo, à expulsão do usuário. Assim, normalmente se verifica que por deliberação

própria e exclusiva dos Provedores de Hospedagem, diversas imagens ou textos que, exemplificativamente, violam direitos autorais, conceitos pudicos ou que caracterizam crimes como pedofilia e racismo são diariamente extirpados do mundo virtual, sem maior indagação ou discussão. Nesses casos, o *Provedor de Serviços* assume a qualidade de *Provedor de Conteúdo*, deliberando sobre o que deve ou não ser veiculado nas páginas por ele mantidas.

A prática de notificação dos Provedores de Serviços para retirada de material ofensivo tem sido regularmente utilizada com sucesso em diversos países de acordo com a política do *notice and take down*, por meio da qual, a partir da notificação do ofendido, o *Provedor de Serviços* providencia a retirada temporária do material indicado até que os envolvidos se ajustem sobre a respectiva divulgação ou até que qualquer deles obtenha um provimento judicial para garantir ou impedir a publicação.

A responsabilidade do *Provedor de Conteúdo* se verifica a partir do exercício da escolha que caracteriza a gestão do espaço virtual. Ao definir o que deve ou não ser divulgado, o encarregado do conteúdo assume a responsabilidade decorrente da seleção das informações propaladas. Neste aspecto, aliás, torna-se fundamental em relação aos habituais espaços destinados aos comentários que normalmente existem em páginas de notícias ou espaços pessoais, verificar se o gestor ativamente seleciona ou não o que pode ser divulgado. Havendo tal controle, o responsável pelo sítio assume a posição de corresponsável pela informação divulgada uma vez que a sua publicação partiu não só da ação usuário do que a criou, como da ação do *Provedor de Conteúdo* que a aprovou e publicou. Por outro lado, sendo o espaço democrático, em que se admite todo e qualquer tipo de comentário, sem restrição ou limitação de ordem ideológica ou temática, não haverá como quem não exerceu o referido controle ser responsabilizado por aquilo que foi inserido por terceiro sem sua ação ou permissão específica.

Por fim, o *Provedor de Informação* é naturalmente responsável pela informação que produz. Na espécie, a responsabilidade é equivalente àquela normalmente atribuída em razão da palavra dita ou escrita que obriga quem as produz a responder por eventual excesso cometido.

Nesse quadro, porém, ainda há uma última diferença que deve ser anotada, a qual, apesar de apresentada por fim, se mostra dentre as mais importantes para a plena democracia.

O *Provedor de Informação*, como já dito, pode ser qualquer pessoa natural. Ou seja, ele pode ser um candidato, uma pessoa ligada a determinada candidatura ou um cidadão que, no legítimo exercício dos seus direitos, expressa livremente as suas ideias e participa ativamente do debate político e democrático.

O primeiro grupo – candidatos e pessoas a ele ligadas – por certo deve ser submetido às regras eleitorais que existem para garantir a igualdade de chances entre os concorrentes. Daí, por exemplo, que a norma permite que os atos de propaganda eleitoral somente sejam praticados a partir do dia 5 de julho do ano eleitoral, como forma de assegurar que todos os concorrentes possam realizar sua campanha em igual período.

Tais regras, contudo, não podem e não devem ser impostas para restringir quem, identificando-se, manifesta seu pensamento, ainda que de forma crítica, sobre temas políticos e de interesse da sociedade. Relembre-se, a lição inicial invocada: maior será a democracia na proporção da maior liberdade que se confira às fontes independentes de informação as quais, sem vinculação a interesses institucionais, contribuem para a formação das decisões individuais e coletivas da sociedade.

As extraordinárias hipóteses de intervenção judicial que são capazes de interferir na divulgação de opiniões livres há de se feita com o maior cuidado possível a partir da sólida constatação de comprovado e relevante motivo

constitucional que a justifique. Nesse aspecto, vale lembrar a lição de Jonas Machado, no sentido de se observar dois perigosos limites antagônicos da atuação estatal: a promoção ilegítima e a sempre odiosa censura.

Por isso, inclusive é que, ao contrário do caminho fácil de buscar a retirada de toda uma página de conteúdo na internet, a decisão judicial que identificar alguma parte que seja ofensiva às normas vigentes deve ser restrita ao objeto tido como ilegal. Em outras palavras, se em determinado local existem múltiplas informações e somente uma ou algumas são passíveis de controle judicial, somente em relação à elas é que a decisão poderá ter efeito, sendo essencial que se preserve todas as demais informações que sejam lícitas. De outro modo, para que se entenda a razão, seria o mesmo que punir um órgão de imprensa com a proibição de circular nova edição, em razão de irregularidade verificada na edição passadas. Tal medida, se outrora era possível por força ditatorial, não pode coexistir em um país livre.

O papel do cidadão diante do debate político, ainda que envolva aspectos eleitorais, não pode ser menosprezado ou coibido. A liberdade de expressão do pensamento, cujas únicas restrições constitucionais são a vedação do anonimato e o respeito a honra, não pode ser tolhida sobre o argumento de que se deve observar a igualdade de chances entre os candidatos. Tal igualdade – essencial à lisura dos pleitos – é matéria afeta exclusivamente aos atores do processo eleitoral, ou seja, aos candidatos, partidos e coligações, aos quais devem ser reservadas iguais chances.

O cidadão não pode ser emudecido ou excluído do debate eleitoral. A garantia constitucional deve ser compreendida a partir da constatação que o direito permite, ao mesmo tempo, que todos expressem seu pensamento e que, igualmente, todos tenham acesso ao que é dito. Em outras palavras, o direito de falar coexiste com o não menos importante direito de ouvir. Quando uma voz é calada, o prejuízo não é só do locutor, mas principalmente dos ouvintes que são privados da informação ou opinião.

Diante da imperiosa necessidade de separar as ações praticadas pelos políticos, quase sempre com propósito nitidamente eleitoral, daquelas que se resumem ao mero exercício dos direitos constitucionais é que a legislação eleitoral deve ser aplicada em relação ao primeiro grupo somente para assegurar a igualdade de chances, nunca para delimitar o espaço ideológico e a temática das ideias. Aos cidadãos, assim como aos órgãos de imprensa, deve ser assegurada a maior amplitude possível de liberdade de expressão, sem prejuízo de eles responderem por eventuais abusos que cometam.

As palavras, ditas ou escritas, assim como as imagens podem gerar abusos ou constituírem ofensa à honra ou servirem à divulgação de fatos inverídicos. Além disso, por certo, elas agradarão alguns e descontentarão outros. Para os abusos, ofensas e inverdades, a legislação indica os meios pertinentes de reparação, seja mediante a indenização do dano a ser apurada na esfera cível, seja por intermédio do exercício do direito de resposta, que deve ser imediato em matéria eleitoral.

No entanto, a definição sobre a relevância da informação divulgada é tarefa que somente pode ser exercida pelo povo e não pode, em si, caracterizar motivo de responsabilidade do cidadão que observando os limites constitucionais manifesta livremente seu pensamento.

As divergências de opiniões são sempre naturais e da sua existência surge a necessidade de ser aferida a vontade da maioria apta a definir quais opiniões e escolhas devem prevalecer. Essa definição, contudo, em estados democráticos de direito, não se faz por meio de leis ou decisões. Ela é obtida por intermédio das eleições.

Do Direito de Resposta

Sumário

1. Conceito
 2. Hipóteses de Incidência
 3. Fatos Incontroversos, Publicados na Mídia e Crítica Políticas do Direito de Resposta - Calúnia, Injúria, Difamação e Fatos Inverídicos
 4. Procedimento do Direito de Resposta
 5. Da Taxionomia das Fattispecie de Incidência do Direito de Resposta
- Referências Bibliográficas

Walber de Moura Agra - Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze. Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV. Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Professor Visitante da Università degli Studi di Lecce. Professor Visitante da Université Montesquieu Bordeaux IV; Diretor do IBEC – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais; Membro Correspondente do CERDRADI – Centre d’Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado. Conselheiro Seccional da OAB/PE. Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PE. Ex-Vice-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral.



A terminologia “Estado de Direito”, depreende-se em duas vertentes básicas. A vertente formal, inclina-se aos ordenamentos normativos, distribuindo competências e atribuições aos poderes públicos, mediante a edição de lei ao qual determina de forma antecedente os procedimentos a serem adotados pelos agentes públicos. De outra sorte, em sentido substancial, cinge-se ao esboço de que os poderes públicos estão limitados não apenas pelo manto da legalidade, mas também pela carga axiológica das regras e princípios insculpidos no Texto Constitucional. Assim, vai lecionar Luigi Ferrajoli que o primeiro modelo corresponde ao Estado legislativo de Direito e o segundo ao Estado constitucional de Direito.¹

Com efeito, em um Estado Constitucional de Direito, a Constituição subjaz ao contexto normativo-empírico, como também adentra na promulgação de direitos e liberdades fundamentais aos cidadãos. Constituição aqui, como define Luhmann “Acoplamento estrutural” entre política e direito.² O Estado Constitucional também impõe proibições e obrigações correlatas aos direitos e liberdades, cuja violação gera uma antinomia incidente na relação vertical entre o cidadão e o Estado e dos cidadãos com os cidadãos, em uma relação horizontal, devendo ser inexoravelmente corrigidas, assegurando o livre exercício de direitos e liberdades fundamentais.³

Gustavo Zagrebelsky explana que o Século XXI é marcado por sociedades pluralistas, ou seja, sociedades caracterizadas por grupos sociais com interesses, ideologias e projetos díspares. Por tal desmembramento social, tais grupos sociais não ostentam uma força estruturante suficiente para exercerem o predomínio dominante socialmente. Assim, as sociedades do Século XXI fincam seu alicerce material na Constituição, com a missão de realizar as condições de possibilidade das mesmas.⁴

Não obstante, esta pluralidade social induz uma alta carga de complexidades sociais, na medida em que o Estado deve garantir eleições livres, calcadas pelo manto da legalidade, como forma de garantir que estes diversos grupos sociais possam participar livre e isonomicamente dos certames eleitorais, dispondo de todas as garantias e liberdades constitucionais asseguradas.

É cediço que é a própria noção de liberdade que dá à Democracia o seu ar de imperiosidade.⁵ A liberdade, elucida Radbruch, funciona como um vetor para toda ordem democrática.⁶ Contudo, torna-se inexorável compreender que essas liberdades sejam acobertadas pelo manto da legalidade, evitando que as eleições se tornem um campo de batalha sem regras limitadoras, sendo palmilhada por condutas desproporcionais, sob a égide do império do mais forte.

Dentro desse contexto fático, o direito de resposta emerge como decorrência lógica da ocorrência de propaganda eleitoral e da liberdade de expressão, como o objetivo teleológico de corrigir tais distorções e excessos, cometidos pelos candidatos, durante o certame eleitoral. Dessa forma, a partir de tais ilações ofensivas, caluniosas, difamatórias, injuriosas ou sabidamente inverídicas, brota para o ofendido o direito de resposta, com o desiderato de corrigir tais distorções na tutela de sua honra.

Bem verdade que o direito de resposta, além de possibilitar ao eleitor o direito de obter informações corretas sobre os candidatos, como também assegura aos postulantes certa paridade de armas na disputa eletiva, na medida em que aquele candidato que foi prejudicado por fatos inverídicos possa corrigir tal distorção.

1. Conceito

Ensina Edson de Resende Castro que o direito de resposta – restringe-se aqui, como corte metodológico, apenas ao

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. P. 13-14.

² LUHMANN, 1990 a, pp. 193 ss.; 1993^a, esp. pp. 440 ss.; 1997 s.; 2000a, pp. 389-92. O conceito de “acoplamento estrutural” ocupa um lugar central na teoria biológico dos sistemas autopiéticos de Maturana e Varela (Cf. Maturana, 1982, pp. 143 ss., 150., 251 ss. E 287 ss.; Maturana e Varela 1980, pp. XX s.; 2001 [1984], pp. 8 ss.)

³ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. P. 18.

⁴ Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, justicia*. Trad. De Marina Gascón. 3ª. Edição. Edt. Trotta S.A, Madrid, 1999. P. 13

⁵ BITAR, Orlando. *Da essência do regime democrático*, in *Obras completas de Orlando Bitar*, Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura/Departamento de Assuntos Culturais do MEC, v.3, P. 9.

⁶ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a La filosofía Del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1951, P. 166.

período eleitoral – ostenta o fator teleológico de tutelar os interesses do ofendido tendo, ao mesmo tempo, a função de impedir que o eleitor forme uma equivocada impressão a respeito dos postulantes de determinado certame eleitoral.⁷ Em outra sorte, consubstancia o direito do eleitor de obter informações corretas e verdadeiras sobre os candidatos. Essas informações devem ater-se ao contexto fático da vida e das ideias dos candidatos, permitindo que o eleitor possa decidir-se livremente. Informações inverídicas, que não guardem similaridade com os fatos, acarretam a prerrogativa de resposta do ofendido.

Diante o exposto, pode-se asseverar que o direito de resposta é aquele que tem toda pessoa acusada ou ofendida em publicação feita em jornal ou periódico ou em transmissão de radiodifusão, rádio ou TV, bem como a realizada pela internet, mediante a divulgação de fato inverídico, errôneo ou pela imputação de calúnia, injúria ou difamação, a dar o devido direito de resposta para a defesa do ofendido. Em regra, ela deve ser publicada no mesmo veículo, horário, tamanho da ofensa rogada.

Ele se configura como um tipo de legítima defesa da honra eleitoral e política, tentando impedir que fatos inverídicos possam desequilibrar o pleito eleitoral, porquanto acarreta a preservação da igualdade das afirmações aos candidatos durante a campanha eleitoral, interessando, ainda, ao eleitor, como resultado fiel das propostas dos futuros mandatários políticos.⁸

A propaganda eleitoral deve ter o escopo de proporcionar aos candidatos oportunidades para exprimirem suas imagens, ideais e propostas, com o intento de convencer os eleitores de que são a melhor opção e os mais capazes para receber o voto. Dessa forma, evidencia-se a impossibilidade da propaganda eleitoral ser desvirtuada, tornando-se palco para agressões morais e difusão de mentiras e injúrias⁹.

Nesse diapasão, o artigo 243, inciso IX, do Código Eleitoral tem como inadmissível a propaganda “que caluniar, difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública”. O §3º do mencionado artigo também assegura “o direito de resposta a quem for injuriado, difamado ou caluniado através da imprensa, rádio, televisão, ou alto-falante, aplicando-se, no que couber, os artigos 90 e 96 da Lei nº 4.117, de 27-8-1962”.

De outra sorte, reza o art. 58 da Lei nº 9.504/97 que a partir do seu nome na convenção, o candidato, coligação ou partido atingido, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por órgão de comunicação social, pode postular direito de resposta perante a Justiça Eleitoral. Observe-se que a expressão “qualquer veículo de comunicação social” é bem mais ampla do que ao §3º contido no artigo 243 do Código Eleitoral, comportando também a rede mundial de computadores.

Assim, qualquer pessoa, partido, coligação ou candidato, ofendido durante o programa eleitoral gratuito, através de imagens ou afirmações injuriosas, difamatórias ou caluniosas, pode, no prazo de 24 horas, do término da transmissão, formular perante a Justiça Eleitoral pedido para exercer direito de resposta (§1º, art. 58, I, Lei nº 9.504/97).

2. Hipóteses de Incidência do Direito de Resposta - Calúnia, Injúria, Difamação e Fatos Inverídicos

As hipóteses de incidência do direito de resposta pressupõe sempre um acinte, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica. Nos três primeiros casos, atinge-se a honra pessoal do cidadão. Vale lembrar que o conceito de honra, depreende-se em vertente objetiva e subjetiva. No primeiro, trata-se da reputação do cidadão perante o contexto social, ao passo que no segundo caso, trata-se de um caráter axiológico

⁷ CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e Prática do Direito Eleitoral*. 5ª Edição. Revista e Atualizada. De acordo com a Lei n. 12.034/2009. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2010. P. 251.

⁸ AGRA, Walber d Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. P. 252.

⁹ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2011. P. 385.

individual de cada cidadão, agregado ao autorrespeito. No segundo caso, tenta-se preservar a verdades dos fatos, evitando deturpações da realidade que possam levar os eleitores a cometerem equívocos.

Pode-se dizer que a calúnia consiste na falsa imputação, a alguém, de fato tipificado como crime. Por sua vez, a difamação, imputa-se a alguém fato ofensivo à sua reputação. Adverte Nelson Hungria de que na difamação o fato imputado incorre apenas na reprovação moral, pouco importando que a imputação seja falsa ou verdadeira.¹⁰ Tanto a calúnia quanto a difamação atingem a honra objetiva do cidadão. Não obstante, a injúria atinge a honra subjetiva do sujeito, ante a imputação de ofensa à sua dignidade ou decoro, devendo esta imputação ser sabidamente inverídica.

Contudo, adverte Jairo Gomes que esses conceitos – extraídos do Código Penal – não têm incidência na esfera eleitoral, ante a natureza de suas atividades, para a tipificação penal dessas atividades.¹¹ São fattispecie da seara penal, contudo, com reflexos iminentemente eleitorais, sem consequências de reprimenda criminalista.

Para o Tribunal Superior Eleitoral, a propaganda eleitoral gratuita que não se limita a reproduzir fatos noticiados pela mídia, imputando ao candidato adversário a prática de ilícitos, ainda que indiretamente, enseja o deferimento do pedido de resposta.¹² Nesse sentido, O TSE entende que a mensagem, para ser qualificada como sabidamente inverídica, deve conter inverdade flagrante que não apresente controvérsias, ante o procedimento do direito de resposta não ter cunho investigatório para comprovar a veracidade das versões controversas sustentadas¹³. Por outro lado, o TSE ostenta o precedente consagrado de que a crítica genérica, sem menção a qualquer nome, não enseja ofensa ao candidato.¹⁴ Nesse diapasão, para o TSE, críticas ou imagens explorando temas políticos e de

interesse da população, não se fazendo ataques pessoais, mas de caráter geral, não ensejam o deferimento do direito de resposta.¹⁵

3. Fatos Incontroversos, Publicados na Mídia e Crítica Políticas

Não se pode pensar que a crítica dirigida à Administração Pública e à atuação de determinado candidato como homem público são causas de incidências apta a ensejar o direito de resposta. Elucida Karpstei e Knoeer que a crítica dirigida à Administração governamental e à atuação de candidato como homem público não somente é legal, mas também salutar para a vida democrática.¹⁶

A crítica política também é importante para formação do convencimento do eleitor, na medida em que este pode estabelecer uma comparação entre o governo e a oposição, analisando a retrospectiva histórica de cada governante e a destinação dos ativos sociais.

Nesse sentido, entende o Tribunal Superior Eleitoral que a crítica genérica, impessoal, dirigida ao modo de atuação de determinado governante, não enseja direito de resposta.¹⁷ Referências ao comportamento do candidato em gestões passadas também não justificam a concessão do direito de resposta.¹⁸ A mensagem veiculada em propaganda eleitoral gratuita não alusiva ao caráter do candidato, apenas o associando ao seu partido político e correligionário, configura mera crítica política, que desautoriza o deferimento de pedido de resposta por alegada afirmação ofensiva.¹⁹ Ademais, ainda que questione a aptidão de candidato para o exercício do cargo postulado, a propaganda eleitoral que não resvala para a ofensa nem divulga afirmação sabidamente inverídica configura mera crítica política insuscetível de gerar direito de resposta.

10 Hungria Nelson, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958, VII:543.
11 GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2011. P. 285.
12 (Ac. de. 26.10.2010 no Rp nº 366217, rel. Min. Joelson Dias.)
13 (Ac. De 26.10.2010 na Rp nº 367516, rel. Min. Henrique Neves.)
14 (Ac. de 25.9.2006 na Rp nº 1.203, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito)

15 (Ac. De 20.9.2006 nº REspe nº 26.730, rel. Min. Cesar Asfor Rocha.)
16 KARPSTEIN, Carla Cristine; KNOERR, Fernando Gustavo. *O Direito de resposta na propaganda eleitoral*. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, nº 1, jul./dez. 2009. P. 11-43.
17 (Ac. de 20.10.2010 no Rp nº 351236, rel. Min. Joelson Dias.)
18 (Ac. de 19.10.2010 no Rp nº 353312, rel. Min. Henrique Neves.)
19 (Ac. De. 13.10.2010 na Rp nº 344049, rel. Min. Joelson Dias.)

Em abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos a quatro, declarou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa de 1967, ante a sua não recepção pela Constituição Federal de 1988. Com isso, o direito de resposta sem conotação eleitoral, não encontra mais respaldo legal em nenhum dispositivo legal.

Ensina Olivar Coneglian que não se pode admitir o cabimento do direito de resposta em razão de ofensas proferidas em comícios ou conversas em ambientes abertos. Sustenta o mencionado autor, que o direito de resposta deve ter sua esfera de cabimento restringida para ofensas divulgadas por meio de órgão de comunicação (jornal, revista, rádio, televisão), ou por meio da internet.²⁰ Os acintes proferidos afora da mídia social são de responsabilidade aferida por seara estranha ao Direito Eleitoral, como a cível ou a criminal por exemplo.

4. Procedimento do Direito de Resposta

O procedimento processual que disciplina a postulação do direito de resposta, em sua grande parte, é estabelecido no artigo 58 e seguintes da Lei nº 9.504/97, bem como pela Resolução n. 23.367/2011. Sua tramitação tem prioridade em relação aos demais feitos eleitorais, em virtude de que ele ainda ocorra no horário gratuito eleitoral (art. 58-A, Lei 9.504/97, inserido pela Lei nº 12.034/09).

Os prazos da representação em que se busca obter o direito de resposta são considerados um dos mais céleres da senda eleitoralista, o que exige grande acuidade dos operadores jurídicos para que não haja perda da oportunidade de impugnação.

O prazo de cada representação eleitoral varia conforme a mídia em que a ofensa foi perpetrada. Assim, o pedido deve ser feito em: a) 24 horas, quando se tratar do horário eleitoral gratuito; b) 48 horas, quando se tratar da

programação normal das emissoras de rádio e televisão; c) 72 horas, quando se tratar de órgão de imprensa escrita (LE, art. 58, §1º). Conta-se o prazo a partir da veiculação da ofensa.

O prazo para postulação do direito de resposta é decadencial. Contudo, depende da mídia em que a ofensa foi praticada, variando de 24 hs a 72 hs. Os prazos são contados da veiculação da ofensa, pois é nessa data que se tornou pública. Como o lapso temporal se configura como exíguo, exige-se que a petição inicial seja instruída com todas as provas que possam atestar a veracidade das impugnações. O próprio Tribunal Superior Eleitoral entende que o procedimento do direito de resposta não ostenta cunho investigatório para comprovar a veracidade das versões controversas sustentadas²¹

Qualquer pessoa, partido, coligação ou candidato, ofendido durante o programa eleitoral gratuito, através de imagens ou afirmações injuriosas, difamatórias ou caluniosas, pode, no prazo de 24 horas, do término da transmissão, formular perante a Justiça Eleitoral pedido para exercer direito de resposta (§1º, art. 58, I, Lei nº 9.504/97). A pessoa jurídica, ofendida no seu conceito, também é legitimada a exigir direito de resposta para refutar tal ofensa (art. 5º, V, CF).

Estabelece o diploma legal o prazo máximo de 72 horas da data da formulação do pedido para que a decisão seja prolatada, sendo prevista sanção à autoridade judicial que descumprir os prazos (LE, art. 58, §§2º e 7º). O recurso contra as decisões de direito de respostas proferidas por juízes eleitorais é o recurso inominado; contra decisões do Tribunal Regional Eleitoral é o recurso ordinário. Elas devem ser confeccionadas no prazo de 24 horas, assegurando-se ao recorrido o prazo também de 24 hs para o oferecimento de contrarrazões.

O meio de armazenamento contendo a resposta do ofendido deve ser entregue à emissora geradora do

20 CONEGLIAN, Olivar. Propaganda eleitoral. Curitiba: Juruá, 9ª Edição. 2010. P. 67.

21 (Ac. De 26.10.2010 na Rp nº 367516, rel. Min. Henrique Neves.)

programa eleitoral gratuito até 36 horas após a ciência da decisão, para veiculação no programa seguinte do partido em cujo horário a ofensa foi produzida (art. 58, §3º, III, Alínea e, art. 16, III, alínea g, Res. Nº 23.367/2011).

Quando a ofensa for veiculada em programação normal das emissoras de rádio e televisão, a pedido do interessado o responsável pela emissora será notificado para entregar cópia da fita da transmissão em 24 horas à Justiça Eleitoral, sob pena de incorrer na prática de crime definido no art. 347, CE. A gravação deve ser preservada até a decisão final do processo, devendo a resposta ser veiculada em até 48 horas após a decisão, em tempo igual ao da ofensa, mas nunca inferior a um minuto, não obstante que a ofensa tenha sido proferida em um tempo muito menor (art. 58, §3º, II, Lei nº 9.504/97).

Tratando-se de ofensa veiculada na imprensa escrita, a inicial, em que for postulado o direito de resposta deve ser instruída com o exemplar da publicação e o texto contendo a resposta que pretende o ofendido seja publicado (art. 58, §3º).

Se não responder a ofensa, o candidato, partido ou coligação, que teve deferido direito de resposta, tem subtraído tempo idêntico do respectivo programa eleitoral. No caso de terceiro, não participante da disputa, fica o mesmo sujeito ao pagamento de multa de duas mil a cinco mil UFIR e suspensão de igual tempo em eventuais novos pedidos de resposta deferidos pela Justiça Eleitoral (Lei nº 9.504/97, art. 58, §3º, letra f). Nos casos de TV, rádio, jornais e revistas, por analogia, aplica-se o mesmo direito de resposta, contudo, em sentido invertido, possibilitando ao antes agressor, ora agredido, oportunidade para exercer sua contradita.

Em regra, não cabe apreciação prévia do conteúdo veiculado no direito de resposta, a não ser quando veiculado nas quarenta e oito horas anteriores ao pleito, em que o seu conteúdo deve ser analisado para que não possa acarretar tréplica.

Na propaganda eleitoral na internet, deferido a pretensão, a divulgação da resposta ocorrerá no mesmo veículo e dimensões que o impropério preferido, em até quarenta e oito horas da entrega da mídia física. A resposta, obrigatoriamente, permanece disponível para acesso pelos usuários do serviço de internet por tempo não inferior ao dobro que esteve disponível a mensagem considerada ofensiva.

5. Da Taxionomia das Fattispecie de Incidência do Direito de Resposta

Fattispecie significa “*apparenza di fatto*”, uma situação-tipo hipotética, o conteúdo jurídico da norma que descreve os requisitos necessários para que ela possa ser aplicada. Resumindo, configura-se como o conteúdo abstrato-normativo que permite a subsunção jurídica quando houver um enquadramento com o material fático.

Conceitualmente, inexistem problemas para a delimitação das fattispecie de incidência do direito de resposta, haja vista serem clarífidas na seara normativa e doutrinária, tais sejam: um acinte, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica. O problema vem a ser a identificação de cada uma dessas causas ensejadoras nos casos concretos, pois a realidade teima em se desvencilhar dos *standards* teóricos que foram anteriormente traçados.

Acresce um colorido a complexidade, o fato cristalino de que essas causas ensejadoras se configuram como princípios, estruturas normativas de conteúdo aberto, que funcionam como membranas de qualificação para abranger o maior número possível de casos concretos. Dessa forma, o conceito, por exemplo, de injúria ou difamação pode ser o mais poroso possível, criando uma dificuldade para saber se podemos enquadrá-lo na *fattispecie* do direito de resposta.

Com relação ao fato sabidamente inverídico a exegese não oferece maiores facilidades, haja vista que um mesmo acontecimento pode ser descrito por intermédio de vários

prismas, em que cada um deles exprima determinadas peculiaridades, que mesmo sem destorcê-lo, oferecem imagens distintas e conclusões igualmente destoantes.

Na prática, o direito de resposta é concretizado de acordo com uma tópica de cada caso específico, não permitindo que balizas genéricas e abstratas possam regular os fatos. Chega-se a uma tópica preconizada por Viehweg, em que se parte do individual para se chegar a pressupostos gerais. O problema que se delineia é a perda da segurança jurídica e a possibilidade plausível de decisões conflitantes entre casos semelhantes, fazendo com que a legitimidade das eleições e a igualdade dos concorrentes sejam sacrificados.

Nesse diapasão, o judiciário recorre a uma crescente jurisprudencialização, em que as decisões judiciais ganham tons de uma das fontes primordiais do direito, sobrevivendo graças a um pretense dogma auctoritas, mesmo que não haja uma similitude entre os casos analisados.

O mais interessante seria que estruturas normativas pudessem definir o conteúdo e extensão das fattispecies ensejadoras do direito de resposta, gerando múltiplos benefícios ao processo eleitoral porque, além de acabar com a insegurança jurídica, poderia exercer um papel preventivo, evitando demandas judiciais desnecessários.

Todavia, variados fatores impedem que esta zona lacunosa possa ser preenchida apenas por estruturas normativas. A crise estrutural do legislativo, a dinâmica tresloucada da pós-modernidade, a falência do dogma positivista normativo, dentre outras, deixam claro que um mandamento jurídico a priori não pode ter pretensões prospectivas absolutas. Mesmo partindo-se da premissa que há vontade política e expertise na técnica legislativa, inelutavelmente haverá uma penumbra de antinomia que precisará ser trilada pelas decisões judiciais.

Assim, essas decisões devem ser realizadas de forma preventiva pelo Tribunal Superior Eleitoral, com a

finalidade de regulamentar essas situações lacunosas. Os instrumentos podem ser através de resoluções ou de consultas, de forma que o Egrégio Pretório Eleitoral servisse de filtro e mantenedor da segurança do ordenamento eleitoralista brasileiro.

Referências Bibliográficas

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. P. 13-14.

LUHMANN, 1990 a, PP. 193 ss.;1993^a, esp. pp. 440 ss.; 1997 s.; 2000a, pp. 389-92. O conceito de "acoplamento estrutural" ocupa um lugar central na teoria biológico dos sistemas autopiéticos de Maturana e Varela (Cf. Maturana, 1982, PP. 143 ss., 150., 251 ss. E 287 ss.; Maturana e Varela 1980, PP. XX s.; 2001 [1984], PP 8 ss.)

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. P. 18.

Zagrebelsky, El Derecho Dúctil, Ley, Derechos, justicia. Trad. De Marina Gascón. 3^a. Edição. Edt. Trotta S.A, Madrid, 1999. P. 13

BITAR, Orlando. Da essência do regime democrático, in Obras completas de Orlando Bitar, Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura/Departamento de Assuntos Culturais do MEC, v.3, P. 9.

RADBRUCH, Gustav. Introducción a La filosofía Del derecho, México: Fondo de Cultura Económica, 1951, P. 166.

CASTRO. Edson de Resende. Teoria e Prática do Direito Eleitoral. 5^a Edição. Revista e Atualizada. De acordo com a Lei n. 12.034/2009. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2010. P. 251.

AGRA, Walber d Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Elementos de Direito Eleitoral. 3^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2012. P. 252.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 6^a Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2011. P. 385.

Hungria Nelson, Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958, VII:543.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 6^a Edição. São Paulo: Editora Atlas. 2011. P. 285.

KARPSTEIN, Carla Cristine; KNOERR, Fernando Gustavo. O Direito de resposta na propaganda eleitoral. Revista Brasileira de Direito Eleitoral – RBDE, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, nº 1, jul./dez. 2009. P. 11-43.

CONGLIAN, Olivar. Propaganda eleitoral. Curitiba: Jurua, 9^a Edição. 2010. P. 67.

Um Novo Olhar Sobre o Voto do Preso Provisório

Sumário

1. Introdução
 2. O Voto do Preso Provisório no Estado Democrático De Direito
 3. O Princípio da Segurança Jurídica e a Coisa Julgada
 4. Perda e Suspensão dos Direitos Políticos: Sentença Transitada Em Julgado
 5. Conclusão
- Referências Bibliográficas

José do Carmo Veiga de Oliveira - Desembargador e Presidente da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. ex-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TRE-MG. Professor do Curso de Direito da PUC-MINAS. Mestre em Direito Processual pela PUC-MINAS.



1. Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de, decorridos dois anos da realização de eleições, pela primeira na História do Brasil, em todo o decurso dos seus mais de 510 anos, em que se permitiu o exercício do direito ao voto pelos cidadãos que se encontravam presos, mas, que não possuíam sentença penal condenatória transitada em julgado. Enquanto se encontravam nessa situação – aguardando a tramitação do processo penal pela prática delituosa que lhes foi imputada em sede de denúncia por força de indiciamento em inquérito policial – os presos provisórios encontravam-se em plenas condições de exercer o direito fundamental do sufrágio universal e até então nunca tinham votado porque sempre existiram diversos obstáculos que não lhes permitiam assegurar esse direito fundamental. Entre eles, o impedimento ao direito de ir e vir.

Apesar dos impedimentos das mais variadas ordens, é necessário empreender medidas que garantam o exercício do direito de votar em favor do preso provisório, pois, constitui-se em direito fundamental consagrado no artigo 15, inciso III, da Constituição da República, de 1988.

Pretende-se, pois, alcançar uma visão que seja capaz de orientar e determinar uma revisitação ao dispositivo constitucional que consagra o exercício do sufrágio e do voto, o primeiro, de caráter universal e, o segundo, direto e secreto, conforme se encontra disposto no artigo 14, da CRFB/88, na condição de direito fundamental do cidadão. Mas, é indispensável que se crie um vínculo direto com a possibilidade de suspensão e perda dos direitos políticos, conforme expressamente previsto no inciso III, do artigo 15, da Carta Constitucional de 1988.

2. O Voto do Preso Provisório no Estado Democrático de Direito

É óbvio que tudo isso deve ser considerado sob o prisma do estado democrático de direito, sem se olvidar que é nesse espaço que se consolida a coisa julgada como sinônimo maior da segurança jurídica, erigida à condição de cláusula constitucional quando se fala em suspensão dos direitos políticos como consequência de sentença penal condenatória. Mas, é de suma importância considerar que somente haverá de se produzir tal resultado enquanto durarem seus efeitos, conforme historicamente se encontra nas várias Constituições Brasileiras, desde a Imperial, de 1824 e a partir da primeira República, de 1891 até encontrar a de 1988.

Como se sabe, o sufrágio é universal, ou seja, é assegurado a todos o direito de votar e de ser votado, sendo vedada qualquer distinção, conforme ocorria nas primeiras eleições realizadas no Brasil. Naquela ocasião, só votavam eleitores do sexo masculino, de cor branca, possuidores de terras, produtores de bens e riquezas, e votariam de modo que o seu voto seria identificado. Para isso, assinavam numa lista em que indicariam, igualmente, o seu candidato, sem qualquer reserva de sigilo.

Nos dias que correm, para ser eleitor é necessário ser nacional, possuir capacidade, idade e prévio alistamento eleitoral. Nem por isso pode-se afirmar que seja descaracterizado o sufrágio como universal¹. É o que exige o texto constitucional em seu artigo 14².

Todavia, quando se trata da perda e suspensão dos direitos políticos, e, em especial, da sua suspensão, especificamente por força do disposto no inciso III, do artigo 15, da CR/88³, é de todo relevante considerar que, diante desse contexto, a inelegibilidade tem caráter temporal. Isso quer dizer, necessariamente, que em se tratando de condenação penal com trânsito em julgado, essa situação em que se encontra o réu condenado conduz-lhe, inequivocamente, à condição de inelegível, embora de caráter temporário. Essa temporariedade encontra supedâneo no fato de que o mesmo dispositivo inserto no inciso III, do referido artigo 15, da CR/88, estabelece uma cláusula por meio da qual restou estabelecida uma condição intransponível: condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

É indispensável considerar que essa dinâmica tratada no parágrafo anterior assegurou espaço no conhecido “estado democrático de direito” que, para José Afonso da Silva “A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”⁴.

1 Quer-se com isso dizer que o sufrágio universal, construído nos parâmetros do Estado Democrático de Direito, não admite incapacidades eleitorais que atinjam a universalidade e a igualdade definidas segundo critérios materiais. (Carvalho, Kildare Gonçalves, Direito Constitucional, Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo, 17ª. Ed., revista, atualizada e ampliada, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2011, pág. 823).

2 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,...

3 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

4 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 123.

Deve-se somar que para se alcançar esse ideal é necessário que o poder seja uma consequência que exsurge do próprio exercício do povo para que em seu nome seja exercido e, assim, por meio direto ou mediante eleição de representantes, permitindo-se uma participação ativa na vida política do país, de modo que o povo, por meio de seus cidadãos eleitores, possam apresentar-se toda vez que for convocado para exercer a parte ativa que lhe compete no processo decisório. É preciso esclarecer que, essa exigência, também deve ser feita quanto à realização de consultas populares e a própria iniciativa popular para efeito de se fazer propor leis ao Congresso Nacional – art. 14, incisos I, II e III, da CR/88⁵. Exemplo disso ocorrido em nível político foi o Projeto de Lei de Iniciativa Popular que tinha por objetivo combater uma modalidade de corrupção política, ficando conhecido, afinal, como “Lei da Ficha Limpa”⁶.

Essa situação gerou diversos momentos em que o Supremo Tribunal Federal foi provocado jurisdicionalmente a exercer o seu papel de guardião da Constituição. Impasses aconteceram no curso do julgamento em se de controle de constitucionalidade em virtude de não se encontrar integrado por todos os seus onze (11) Ministros, quando do julgamento relativo à validade ou invalidade da Lei da Ficha Limpa para as eleições gerais de 2010. Não se deve perder de vista que essa lei foi sancionada e entrou em vigor no mesmo ano em que se realizavam as eleições. Terminou empatada a votação em cinco (05) votos, de modo que foi necessário aguardar a indicação do décimo primeiro (11º) Ministro e, depois de se percorrer toda a tramitação própria à sua sabatina pelo Senado e nomeação foi retomado o julgamento. Entendeu-se, naquela ocasião, que a lei seria inaplicável àquelas eleições gerais.

3. O Princípio da Segurança Jurídica e a Coisa Julgada

Esse tipo de situação exige, naturalmente, a aplicação de um princípio que se insere entre aqueles que asseguram o resultado de uma realidade em que seja possível ter a necessária confiança no que está sendo decidido e, sobretudo, estabelecer que é plenamente confiável o que se decide e sanciona, para que não ocorra qualquer tipo de instabilidade jurídica, máxime em nível político. Isso porque compete ao Supremo Tribunal Federal o exercício da guarda constitucional e é por vezes reiteradas aquele

que diz a última palavra sobre os temas que lhe são submetidos.

O consagrado constitucionalista J. J. Gomes Canotilho, tratando especificamente do tema sob o rótulo de princípio geral da segurança jurídica, com a sua peculiar autoridade, anota que “os indivíduos têm direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas, fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas”⁷.

Pouco adiante, o mesmo constitucionalista assim se posiciona quanto aos quesitos que devem ser observados no que tange à segurança jurídica:

- 1) Relativamente aos *actos normativos* – proibição de normas retroactivas restritivas de direito ou interesse juridicamente protegido;
- 2) Relativamente a *actos jurisdicionais* – inalterabilidade do caso julgado;
- 3) Em relação a *actos da administração* – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direito (os destaques constam do original)⁸.

Entre nós, o proeminente Prof. André Ramos Tavares aborda a temática e, especificamente no que respeita ao seu alcance, e o faz enumerando as garantias, os direitos e proibições que devem decorrer do princípio da segurança jurídica:

“1) a garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada; 2) a garantia contra restrições legislativas dos direitos fundamentais (proporcionalidade) e, em particular, contra a retroatividade das leis punitivas; 3) o devido processo legal e o juiz natural; 4) a garantia contra a incidência do poder reformador da Constituição em cláusulas essenciais; 5) o direito contra a violação de direitos; 6) o direito à efetividade dos direitos previstos e declarados solenemente; 7) o direito contra medidas de cunho retrocessivo (redução ou supressão de posições jurídicas já implementadas); 8) a proibição do retrocesso em matéria de implementação de direitos fundamentais; 9) o direito à proteção da segurança pessoal, social e coletiva; 10) o direito à estabilidade máxima da ordem

⁵ 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: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

⁶ Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010, que alterou a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 256.

⁸ Opus cit., idem, idem.

jurídica e da ordem constitucional⁹”.

Vê-se, portanto, que o princípio da segurança jurídica constitui um dos pilares do estado democrático de direito e institui a cláusula que estabeleceu a coisa julgada, resultado final da não interposição de recurso contra uma decisão judicial ou quando todos os recursos que poderiam ter sido manejados foram decididos, alcançando ou não o êxito desejado, total ou parcialmente. Produz, portanto, como resultado, o que se convencionou chamar de coisa julgada, prevista expressamente no inciso XXXVI, do artigo 5º, da CR/88. Está erigida, assim, na condição de garantia dos direitos fundamentais.

Por isso, não resta qualquer dúvida de que se trata de um dos princípios mais significativos que norteia e dirige não só o sistema constitucional brasileiro, visando assegurar a indispensável segurança jurídica, expressamente previsto na Constituição da República, de 1988, como também norteia e orienta o processo brasileiro, em qualquer dos seus ramos. Trata-se da cláusula que instituiu a coisa julgada, constante do inciso XXXVI, do seu artigo 5º¹⁰. No entanto, poderia se questionar qual o vínculo existente entre o tema proposto e coisa julgada.

A resposta inicia-se a partir do momento em que a Constituição da República, de 1988, instituiu diretrizes que norteiam a prestação jurisdicional e, conseqüentemente, extrai-se do Direito Constitucional Processual, regras claras e específicas sob as quais deverão ser identificados elementos que estabelecem princípios gerados pelo Direito Processual Constitucional. Eles têm o firme desiderato de elencar os fundamentos pelos quais se dará a elaboração das leis processuais, de caráter infraconstitucional.

Dentre eles, encontramos em sede constitucional, a coisa julgada e, por corolário lógico, na legislação processual, de modo a erigir um dos pilares do devido processo legal. Conseqüentemente, a própria segurança jurídica antes referida neste trabalho: a coisa julgada.

É certo que não se pode perder de vista que a resposta ao questionamento formulado em dois (2) parágrafos anteriores reside exatamente no seguinte aspecto: havendo coisa julgada, ou seja, tendo a sentença penal condenatória transitado em julgado ou dela não cabendo mais recurso, pode-se afirmar que esse “fenômeno processual” traz conseqüências drásticas no campo do Direito. No entanto, sempre se levou em consideração o

fato de haver o trânsito em julgado como sustentáculo da cláusula constitucional *res judicata*. Essa situação, a priori, poderia produzir o efeito de, por razões óbvias, não se distinguir, entre o preso provisório e o definitivamente condenado, mediante sentença condenatória com trânsito em julgado.

Todavia, como é de cediço e surrado conhecimento, pelo “alto significado que assume em nosso sistema normativo, a coisa julgada, pois, ao propiciar a estabilidade das relações sociais e, ao dissipar as dúvidas motivadas pela existência de controvérsia jurídica (*res judicata pro veritate habetur*) e, ao viabilizar a superação dos conflitos, culmina por consagrar a segurança jurídica, que traduz, na concreção de seu alcance, valor de transcendente importância política, jurídica e social, a representar um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado Democrático de Direito”¹¹.

Por tudo isso é que há de se ponderar que não existiria qualquer possibilidade de se confundir essas duas figuras em sede de Direito Constitucional – preso provisório e preso com sentença transitada em julgado -, donde irradia uma série de possibilidades, considerando que se trata, no dizer consagrado de Hans Kelsen - “lei fundamental” - que orienta e dirige a vida de um país sob qualquer perspectiva que se queira avaliar, máxime a da ordem política, social e, sobretudo, jurídica.

Para tanto, o artigo 15¹² da Constituição Brasileira estabelece que os presos ainda não julgados, ou seja, aqueles que, apesar de presos, não tiveram contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, sob o manto da coisa julgada, têm assegurado o direito de votar na data fixada para o pleito. Essa situação perdurou intocada no Brasil durante mais de duas décadas depois de promulgada a CR/88 e, em toda a sua História, por mais de 500 anos, já que não havia sido tomada qualquer medida que permitisse que os presos provisórios pudessem exercer o seu direito de votar, enquanto não julgados em definitivo.

4. Perda e Suspensão dos Direitos Políticos: Sentença Transitada em Julgado

A questão que se constitui no pano de fundo de toda a discussão reside no fato de que, nos termos do disposto no inciso III, do artigo 15, da CR/88 é que a perda ou

9 TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 651.

10 A lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

11 AC 2.763-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 16-12-2010, DJE de 1º-2-2011.

12 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

suspensão dos direitos políticos somente será possível quando houver condenação criminal transitada em julgado e, ainda assim, enquanto durarem os seus efeitos. Resta, caracterizada, pois, a partir daí, a inelegibilidade, que tem sua causa primária estabelecida no disposto dos §§ 4º ao 9º, do artigo 14, da CR/88, de modo a impedir que, aquele que se encontrar em situações que tais, fica impedido de participar e concorrer a pleitos eleitorais que tenham por objetivo, obviamente, eleger-se e assumir qualquer cargo político de acesso por via eleitoral.

Conclui-se, por corolário lógico e inafastável, nesse particular que, essa situação implica em inequívoco impedimento tanto à disputa eleitoral como também ao próprio exercício ao direito de votar, ou seja, restringe-se tanto a possibilidade de a pessoa apresentar-se como sujeito ativo ou passivo no processo eleitoral.

Mas, deve-se considerar que, em se tratando do preso provisório e por isso mesmo, é que não havendo condenação criminal transitada em julgado, não se pode concluir de outra forma que não seja pela possibilidade plena de poder exercer, livremente, como qualquer outro cidadão no pleno gozo de seus direitos políticos, o direito ao sufrágio universal.

Como de cediço e surrado conhecimento, o exercício do direito de votar e ser votado, seja como sujeito ativo – eleitor – ou, como sujeito passivo – candidato –, constitui-se em direito fundamental e, assim, deve ser assegurado em sua plenitude. Não há argumento suficiente e eficiente que justifique a exclusão dos presos provisórios quanto ao sagrado ius suffragii. É inequívoco e sempre foi assim considerado que o inciso III, do artigo 15, da Constituição da República, de 1988, é autoaplicável, não exigindo nenhum ato de natureza regulamentar de origem legislativa para efeito de se permitir a sua imediata vigência e aplicação¹³.

Consequentemente são escorreatas as decisões proferidas pela Justiça Eleitoral no que se refere a essa autoaplicabilidade em se tratando de sentença penal transitada em julgado para o período de duração dos seus efeitos, ainda que o sentenciado esteja sob condições para o cumprimento da pena quando lhe for conferida a suspensão da sentença por força de sursis¹⁴.

13 Um registro deve ser feito em se tratando do tema da autoaplicabilidade do inciso III, do artigo 15, da Constituição/88: houve julgamento de Recurso em sede de Mandado de Segurança em que foi Relator o Em. Min. Moreira Alves (RMS 22.470, DJ 27/09/1996), afirmando tratar-se de dispositivo autoaplicável, dispensando-se qualquer intervenção legislativa para efeito de sua imediata incidência, o que leva à conclusão inequívoca de que, de fato, sempre faltou vontade política para a sua aplicação imediata. E ainda: RMS 22.470-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-6-1996, Primeira Turma, DJ de 27-9-1996; RE 577.012-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 25-3-2011.

14 Precedente: RE 179.502-SP - decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, Relator Min.

Outra questão ainda foi submetida à apreciação do Excelso Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, no exercício de sua competência como guardião da CR/88, quando teve por Relator o Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, visando discutir a respeito da incidência da disposição constante do inciso III, do artigo 15, da Constituição da República, de 1988, quando, em sua vigência, referir-se a delito ocorrido anteriormente à sua promulgação.

Sobre o tema restou decidido que por se tratar “de norma originária da Constituição, obviamente não lhe são oponíveis as limitações materiais que nela se impuseram ao poder de reforma constitucional. Da suspensão de direitos políticos – efeito da condenação criminal transitada em julgado, ressalvada a hipótese excepcional do art. 55, § 2º, da Constituição, resulta por si mesma a perda do mandato eletivo ou do cargo do agente político”¹⁵.

Interessante notar que em todas as Constituições Brasileiras fez-se constar que, a exemplo da Imperial, que tinha previsão expressa quanto a condenação à prisão ou degredo como causa de suspensão do exercício dos direitos políticos. A partir da Constituição de 1891, a primeira Republicana e assim as demais que se seguiram, todas trouxeram a exigência de condenação criminal, para suspender os direitos políticos do condenado enquanto durassem seus efeitos.

Mas, a Constituição de 1988, diferentemente das anteriores, fez inserir a cláusula “transitada em julgado”, referindo-se, por óbvio, à sentença condenatória, como causa impeditiva do exercício do ius suffragii, e, conseqüentemente, da própria inelegibilidade. É digno de registro que se trata de uma interdição circunstancial do exercício dos direitos políticos, ou, para outros, temporária, ante o próprio termo utilizado pelo legislador constituinte: enquanto durarem seus efeitos.

Uma questão ainda exige seu exame: a isonomia constitucional. É fato que desde a primeira vinda de Cristo, ou seja, o Seu nascimento, foi transmitida uma noção geral de que, sendo todos filhos do Deus Único, por evidente, todos estariam em condições de igualdade, já que essa era a mensagem cristã. Logo, essa doutrina transformou-se num verdadeiro princípio para efeito de se estabelecer a fundamentação dos Direitos Humanos e, assim, até mesmo para as bases do regime democrático.

Moreira Alves, DJ 08.09.1995.

15 RE 418.876, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30-3-2004, Primeira Turma, DJ de 4-6-2004.

Deve-se registrar que Roland Corbisier e Francisco de Assis Barbosa deixaram registrado que os cristãos primitivos não foram perseguidos porque estavam pregando uma religião que tinha apenas um único e verdadeiro Deus e, assim, todos os homens estariam sujeitos a uma igualdade divina. Por isso, ao pregarem o Evangelho, condenavam, por óbvio, a opressão e a escravidão por meio da submissão de um homem ao "poder" de outro homem. Concluíram, pois, que a democracia tem característica evangélica¹⁶.

Nessa linha de ideias, tem-se que a democracia resulta de um estado em que o Direito permeia todas as relações sociais. No entanto, para Miguel Reale, *"o direito somente é digno desse nome enquanto corresponde a um comportamento social concreto e efetivo e resulta dele"*. Defende, ainda, que *"uma regra jurídica elaborada tecnicamente pelo órgão do Estado não é regra jurídica no sentido pleno da palavra, quando não encontra correspondência no viver social, nem se transforma em momento da vida de um povo"*¹⁷.

Destarte, é intensamente necessário que se faça valer as regras insculpidas pelo legislador por força do estado democrático, de modo que se lhes dê vida e efetividade, imperando sobre quaisquer circunstâncias e interesses, máxime aquelas que instituem direitos fundamentais, como é o caso do *ius suffragii*.

Nesse diapasão não se pode desconsiderar que, em se tratando, inequivocamente, do exercício do *ius suffragii*, constatar-se-á que se refere a um direito fundamental, inserido dentre aqueles que são resguardados pela CR/88 no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Logo, é de se afirmar, com espeque no disposto no § 1º, do artigo 5º, da Constituição da República, de 1988, que proclama que todos os direitos fundamentais são direta e imediatamente vinculantes, portanto, capazes de produzir efeitos imediatos¹⁸.

5. Conclusão

É inevitável concluir que todas as afirmativas erigidas anteriormente quanto à ausência de efetivação dessa garantia constitucional em favor dos presos provisórios desde a vigência constitucional foi postergada e relegada a segundo plano. Foi necessário que várias instituições

de defesa dos direitos e garantias constitucionais tomassem a iniciativa de cobrar a sua efetivação, gerando instauração de procedimentos que tramitaram por anos. Mas, para as eleições gerais de 2010, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 23.219, publicada em 03 de março de 2010, da lavra do Eminente Relator Ministro Arnaldo Versiani, trazendo, finalmente, a tão reclamada efetivação do direito ao exercício do sufrágio universal aos presos provisórios.

Vê-se, portanto, que a despeito de viger por mais de vinte (20) anos, somente em 2010 é que se tornou efetiva uma garantia constitucional que assegurou um direito fundamental aos presos provisórios: o direito ao voto, porque não condenados por sentença transitada em julgado. Logo, restou comprovado que, não havia nenhuma dúvida de que se tratava de direito fundamental que estava sendo postergado àqueles que se encontravam recolhidos presos quando da realização das eleições anteriores às de 2010.

Assim, vê-se que ocorreu uma justa homenagem à possibilidade do exercício do direito político daqueles que não se encontravam sujeitos à sua suspensão por força de sentença transitada em julgado. Portanto, na condição plena de titulares de seus direitos políticos.

Referências Bibliográficas

- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 123.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, pág. 256.
- TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pág. 651.
- Reale, Miguel, Filosofia do Direito, São Paulo, Ed. Saraiva, 1986, pág. 244.
- Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo, in Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, 3ª. ed., Rev. dos Tribunais, pág. 96.
- Carvalho, Kildare Gonçalves, Direito Constitucional, Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo, 17ª. Ed., revista, atualizada e ampliada, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2011, pág. 823

¹⁶ Verbete "democracia", in Enciclopédia Mirador Internacional, vol. 7, pág. 3.201, São Paulo, 1987.

¹⁷ Reale, Miguel, Filosofia do Direito, São Paulo, Ed. Saraiva, 1986, pág. 244.

¹⁸ Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo, in Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, 3ª. ed., Rev. dos Tribunais, pág. 96.

Financiamento da atividade política eleitoral: uma análise da efetividade jurídica do sistema brasileiro

Sumário

1. Introdução: Modelos de financiamento da atividade política eleitoral
2. Modelos de financiamento eleitoral
3. Modelo Brasileiro

Carlos Gonçalves Junior - Coordenador Acadêmico do Curso de Especialização em Direito Eleitoral do PUC/SP (COGEAE). Professor de Direito Constitucional e Direito Eleitoral do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da PUC/SP.



Créditos: Olga Vlahou/Carta Capital

1. Introdução: Modelos de financiamento da atividade política eleitoral

Muito se discute sobre a interpretação das normas de Direito Eleitoral no Brasil. Porém, pouco se estuda tais normas sob um prisma científico, baseado em uma teoria do direito eleitoral, que identifique os princípios fundamentais do Direito Eleitoral Geral, normas naturalmente decorrentes de um sistema político baseado no modelo contemporâneo do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, percebe-se que muitas vezes a interpretação e aplicação dos dispositivos normativos eleitorais no Brasil se realiza não só à mercê da compreensão do Estado Democrático de Direito em sua formulação teórica, mas também alheia ao compreensão do modelo democrático eleito pela Constituição e legislação em geral.

Tenho empregado esforço no pensamento de uma "Teoria do Direito Eleitoral" capaz de compreender seus institutos, necessários e eletivos, do ponto de vista funcional e de uma forma integral.

No que concerne ao tema do presente trabalho, percebo que as normas instituidoras do sistema brasileiro de financiamento das atividades políticas eleitorais são muitas vezes interpretadas, e conseqüentemente aplicadas, de forma dissociada da compreensão do modelo eleito para o funcionamento da Democracia Brasileira.

Portanto, neste trabalho pretendemos identificar qual a opção do legislador brasileiro para a instituição do sistema de financiamento eleitoral vigente no país, e como deve ser interpretado para o atingimento de uma realidade democrática pragmaticamente eficaz.

2. Modelos de financiamento eleitoral

A realização da democracia por meio de eleição periódica demanda o emprego de recursos materiais. Quão maior

for o colégio de eleitores, e maior o rol de competência políticas a serem exercidas pelos cargos em disputa, maior será a necessidade e disponibilidade para o emprego de capital na disputa eleitoral.

Os investimentos compreendem recursos necessariamente estatais, no que implica na realização das suas funções administrativas regulatórias e fiscalizatória dos pleitos (exemplo: manutenção das diversas atividades desempenhadas pela justiça eleitoral, como arregimentação dos eleitores, organização dos colégios eleitorais, registro dos partidos políticos, realização das eleições, manutenção dos juízos que prestam jurisdição na solução das contendas decorrentes da interpretação de legislação eleitoral, etc). Tais atividades, tipicamente estatal, são inevitavelmente custeadas pelo erário, seja por recursos orçamentários, alimentados por impostos, seja por recursos provenientes do pagamento de taxas para a obtenção de serviços específicos e individualizados (ex. taxas judiciárias). Esta é a situação que se verifica de maneira geral em todos os estados democráticos.

No que concerne ao financiamento dos grupos políticos que almejam alcançar o poder. As diversas modalidades de democracia verificadas no mundo contemporâneo apresentam formas distintas sobre o tratamento do tema.

Alguns estados de tradição ideológica menos liberais, optam por um modelo de financiamento da atividade eleitoral mediante recursos provenientes exclusivamente dos poderes públicos, distribuindo de forma equitativas entre os diversos grupos políticos organizados na forma de "partido" e reconhecidos como entidades dotadas de personalidade jurídica que têm como objetivo alçar aos cargos políticos por meio de participação em eleição.

Trata-se do modelo democrático reconhecido como de "financiamento público". Expediente absolutamente capaz de garantir um funcionamento democrático efetivo, porém não isento de críticas do ponto de vista ideológico que apontam falhas que prejudicam o melhor atingimento dos ideais democráticos.

Por meio desta forma de concretização democrática, que,

em geral, limita, senão impede o emprego de recursos privados na propagação das ideologias e propagandas eleitorais, acredita-se proteger o eleitor da nociva intervenção do capital na conformação dos governos.

Neste contexto, acredita-se que a livre interferência do capital no jogo democrático privilegia os interesses das classes economicamente mais favorecidas que, com maior disponibilidade de recursos, venceriam de modo contínuo e sucessivo os pleitos eleitorais ocupando a grande maioria dos cargos disputados.

Os defensores do modelo de financiamento público, acreditam que somente por meio do financiamento equitativo das campanhas, as ideologias e programas de governo poderão competir em pé de igualdade, vencendo aquelas que melhor apresentarem solução aos anseios populares independentemente dos grupos econômicos que o apóiam.

Não vistam duvidar nestes casos, que a opção do financiamento público dos partidos e das campanhas revela a natureza pública de tais recursos, merecendo, portanto, rigoroso controle sobre a forma como será empenhado pelos partidos políticos e candidatos.

Trata-se de modelo fundado na igualdade de oportunidades da propagação das ideologias políticas.

Em posição absolutamente antagônica, á opção do financiamento público do processo eleitoral, sociedades mais aproximadas das ideologias liberais defendem e convivem com sistemas que apresentam como premissa a ideia de que os esforços para se alcançar os cargos eletivos devem partir exclusivamente da sociedade civil, não cabendo ao Estado provocar a inércia, ou colaborara com a propagação das forças políticas sociais.

Desta forma, advogam que uma sociedade efetivamente democrática deve ter o processo eleitoral patrocinado pelos próprios interessados, devendo o Estado permanecer ausente desta dinâmica.

Assim, quanto maior adesão obtiver uma proposta política, mais apoio e maior quantidade de recursos gozará para a propagação dos seus ideais e consagração das candidaturas que propuser.

Nesse caso, podem surgir dúvidas acerca da natureza dos recursos empregados no processo eleitoral, tendendo para o reconhecimento de uma qualificação jurídica eminentemente privada. Ao passo que o Estado é completamente excluído da dinâmica política eleitoral, reservando-se papel meramente policial, não há justificativa para intervir no controle da arrecadação e gasto dos recursos eleitorais dos partidos políticos.

Ambos os sistemas, recebem severas críticas de lado a lado.

Se o financiamento público das campanhas eleitorais onera o erário e inibem a manifestação efetiva de forças sociais com o apoio financeiro as propostas que lhes são mais simpáticas, colocando em situação de igualdade forças políticas que se coloquem em situação diferenciada perante a sociedade civil. Por outro, pode-se dizer que a liberdade absoluta da intervenção do capital no processo eleitoral, permite uma demasiada influência e preponderância das classes economicamente favorecidas na política nacional.

Neste contexto, fruto de um processo dialético, grande parte das democracias contemporâneas tem adotado mecanismo eleitorais que agregam valores de ambos os sistemas, acrescido de uma efetiva regulação e fiscalização estatal das doações e utilização dos recursos financeiros eleitorais.

Trata-se de um modelo que garante um mínimo de recursos estatais para todos os grupos políticos juridicamente organizados (partidos políticos), facultando a iniciativa privada, de forma transparente e limitada, participar do financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais. Associados a ideia de garantir recursos mínimos para todos os partidos políticos, convive a determinação de que os

recursos obtidos perante a iniciativa privada devem ser limitados a um número máximo por candidatura, bem como, a obrigatoriedade de se prestar contas ao Estado sobre os recursos arrecadados e a maneira como são empregados nas campanhas eleitorais.

Este mecanismo de financiamento misto, limitado e controlado da atividade política eleitoral tem como objetivo proteger a democracia dos efeitos nocivos decorrente do inevitável relacionamento entre política e capital.

O equilíbrio desta proposta convenceu a grande maioria das democracias contemporâneas, que tem incorporado com maior ou menor rigor os três fundamentos deste modelo de financiamento eleitoral: i) concorrência de fontes públicas e privadas, garantindo-se um essencial para a manutenção de todos os partidos políticos; ii) estabelecimento de limites para as contribuições privadas; iii) Obrigatoriedade de prestação de contas das fontes e destinos dos recursos eleitorais.

É exatamente este último modelo de financiamento eleitoral em que se verifica no Estado brasileiro. Distribuição de recursos aos partidos políticos, provenientes de fundo partidário¹ composto, principalmente, por recursos orçamentários, garantida a obtenção de colaboração financeira privada, observados determinados limites, e sujeitos ao controle estatal.

3. Modelo Brasileiro

A Constituição Federal estabelece em seu art. 17 a ampla liberdade de criação e funcionamento dos partidos políticos, estabelecendo em seus incisos II a "proibição de recebimento de recursos financeiros de entidades ou governos estrangeiros ou de subordinação a estes", o que induz a conclusão pela autorização de receber contribuições o Estado brasileiro e demais órgãos da iniciativa privada nos termos da lei; já o inciso III do mesmo artigo impõe a obrigatoriedade de "prestação de

¹ Sobre a constituição do Fundo Partidário ver art. 38 da Lei n.º 9.096/95.

contas à Justiça Eleitoral”.

Ainda no que concerne ao financiamento das atividades políticas eleitorais realizadas pelos partidos políticos, o § 3º do art. 17 garante que “os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão.”

Em regulamentação aos dispositivos constitucionais, a legislação ordinária reafirma a possibilidade dos partidos políticos obterem junto a iniciativa privada contribuições para o desenvolvimento de suas atividades políticas, em especial para a promoção de suas candidaturas. Destacamos os art. 39 da Lei n.º 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) que afirma que “o partido político pode receber doações de pessoas físicas ou jurídicas para a constituição dos seus fundos”. O § 5º deste mesmo dispositivo adverte que os recursos financeiros recebidos poderão ser empregados nas eleições que o partido participar, observadas as vedações legais.

As vedações imposta pela legislação são de ordem subjetiva – vedação de recebimento de recursos de determinadas entidades²; e quantitativas, pois durante os anos eleitorais os repasses de valores às correspondentes candidaturas apresentadas pelos partidos devem observar o limite máximo estabelecido na respectiva lei eleitoral³. Embora parte dos recursos dos partidos políticos seja proveniente do Fundo Partidário, composto com recursos do erário, isso não autoriza a conclusão de que, uma vez

² “Art. 31. É vedado ao partido receber, direta ou indiretamente, sob qualquer forma ou pretexto, contribuição ou auxílio pecuniário ou estimável em dinheiro, inclusive publicidade de qualquer espécie, procedente de: I – entidade ou governo estrangeiro; II – autoridade ou órgão públicos, ressalvadas as dotações referidas no art. 38 [Fundo Partidário]; III – autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista e fundações instituídas em virtude de lei e para cujos recursos concorram órgãos da ou entidades governamentais; IV – entidades de classe ou sindical.”

No mesmo sentido dispõe a Lei das Eleições, Lei n.º 9.504/97, em seu art. 24.

³ “Art. 39. Ressalvado o disposto no art. 31, o partido político pode receber doação de pessoa física e jurídica para a constituição dos seus fundos. (...)”

§5º Em ano eleitoral, os partidos políticos poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos de pessoas físicas e jurídicas, observando-se o disposto no § 1º do art. 23, e no art. 24 e no §1º do art. 81 da Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, e os critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias.”

Por sua vez, a Lei das Eleições, Lei n.º 9.504/97, assim dispõe nos referidos artigos: “Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimável em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecendo o disposto nesta Lei.

§1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas: I – no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição; II – no caso em que o candidato utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecidos pelo seu partido na forma desta Lei.”

“Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.”

incorporado ao patrimônio dos partidos, continue trata-se de “recurso público”, pois o reconhecimento constitucional dos partidos enquanto entidades privadas – constituídas por iniciativa (vontade) de particulares – dotadas de autonomia financeira e administrativa garantem a titularidade das parcelas do fundo partidário, que são a eles repassados por imposição legal. Assim, todos os recursos materiais integrados ao patrimônio do partido político, compõem seu patrimônio privado e, em regra, submete-se ao regime jurídico de direito privado⁴.

Ocorre que, mesmo sendo de natureza privada, em razão da função pública que os partidos desempenham, e em função das limitações que a legislação lhes impõe para a captação e utilização dos seus recursos, submetem-se a um regime público de controle exercido pela Justiça Eleitoral. Nesse sentido, determina expressamente a Constituição Federal em seu art. 17, III, ao estabelecer que a “prestação de contas à Justiça Eleitoral” é um preceito a ser observado pelos partidos.

Neste sentido, a legislação partidária e eleitoral estabelecem rigorosos procedimentos para a prestação das contas dos partidos e das candidaturas (arts. 30 à 37 da Lei n.º 9.096/95 e arts. 19 à 32 da Lei n.º 9.504/97).

Percebe-se, portanto, que a prestação de contas dos recursos partidários e das campanhas eleitorais é um mecanismo essencial para a garantia da realização da democracia brasileira nos moldes em que foi concebida, especialmente no que concerne ao atendimento dos valores da transparência dos apoiadores dos partidos e campanhas eleitorais; da proteção contra a demasiada influência do poder econômico no processo eleitoral; e, por fim, da indisponibilidade dos recursos do fundo partidário para outros fins que não aqueles legalmente permitidos.

Ressalte-se que os recursos provenientes do Fundo

⁴ Nesse sentido o § 3º do art. 44 da Lei n.º 9.096/95 esclarece que “os recursos de que trata este artigo [recursos oriundos do Fundo Partidário] não estão sujeitos ao regime da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Partidário, no contexto eleitoral brasileiro, apresentam-se como os de menor relevância econômica, visto que têm sido insuficientes sequer para custear a integralidade das necessidades administrativas dos órgãos partidários. Os valores empregados no financiamento das campanhas eleitorais são provenientes em sua parte mais relevante das contribuições oferecidas pela iniciativa privada aos partidos, ou diretamente às candidaturas.

No entanto, para que os mecanismos de controle dos recursos partidários e das campanhas sejam dotados de eficácia jurídica e social, faz-se indispensável que estejam associados a sanções coerentes e proporcionais ao prejuízo que o desvirtuamento do sistema de financiamento eleitoral implica para a democracia brasileira.

Ou seja, a estrutura lógica das normas jurídicas que impõem a observância dos procedimentos de prestação de contas e as limitações à arrecadação e uso dos recursos eleitorais, devem estar associadas à sanções que sejam capazes de inibir as condutas ilegais, sejam do ponto de vista da intensidade das penas, seja porque impliquem em sanções de caráter diretamente eleitoral, produzindo consequências sancionatórias aos partidos e candidatos no próprio contexto eleitoral.

Analisando a legislação brasileira, verificamos que não obstante estejam absolutamente claros os objetivos do sistema eleitoral brasileiro em limitar a arrecadação e uso dos recursos eleitorais, as sanções estabelecidas nos diplomas legislativos então vigentes, em geral, não produzem consequências diretas para os partidos e candidatos no próprio cenário eleitoral, limitando-se na maioria das vezes limitações de acesso aos recursos do fundo partidário, ou na imposição de multas.

Vejamos, a Lei dos Partidos Políticos, nos informa o seguinte quadro sancionatório:

“Art. 36. **Constatada a violação de normas** legais ou estatutárias, ficará o partido sujeito

às seguintes sanções:

I – no caso de recursos de origem não mencionada ou esclarecida, **fica suspenso o recebimento das quotas do fundo partidário** até que o esclarecimento seja aceito pela Justiça Eleitoral;

II – no caso de recebimento de recursos mencionados no art. 31, **fica suspensa a participação no fundo partidário por um ano;**

III – no caso de recebimento de doações cujo valor ultrapasse os limites previstos no art. 39, § 4º, fica suspensa por dois anos a participação no fundo partidário e **será aplicada ao partido multa** correspondente ao valor que exceder aos limites fixados.

Art. 37. A falta de prestação de contas ou sua desaprovação total ou parcial **implica suspensão de novas cotas do Fundo Partidário** e sujeita os responsáveis às penas da lei.

(...)

§2º A sanção a que se refere o *caput* será aplicada exclusivamente à esfera partidária responsável pela irregularidade.

§3º A **sanção de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial de prestação de contas de partido, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses**, ou por meio de desconto, do valor a ser repassado, da importância apontada como irregular, não podendo ser aplicada a sanção de suspensão, caso a prestação de contas não seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, após 5 (cinco) anos de sua apresentação.” (destacamos)

Por sua vez, a Lei das Eleições, nos em termos análogos assim estabelecem as sanções pelo descumprimento das normas reguladoras da obtenção e administração dos recursos de campanha:

“Art. 18. No pedido de registro de seus

candidatos, os partidos e coligações comunicarão os respectivos Tribunais Eleitorais os valores máximos de gastos que farão por cargo eletivo em cada eleição a que concorrerem, observados os limites estabelecidos nos termos do art. 17-A desta Lei.

(...)

§2º Gastar recursos além dos valores declarados nos termos deste artigo **sujeita o responsável ao pagamento de multa** no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei.

(...)

§3º A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita o infrator [*doador*] ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

Art. 25. O partido que descumprir as normas referentes à arrecadação e aplicação de recursos fixados nesta Lei **perderá o direito ao recebimento da quota do Fundo Partidário do ano seguinte**, sem prejuízo de responderem os candidatos beneficiados por abuso do poder econômico.

Parágrafo único. **As sanções de suspensão do repasse de novas quotas do Fundo Partidário, por desaprovação total ou parcial da prestação de contas do candidato, deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por meio do desconto, do valor a ser repassado, na importância apontada como irregular**, não podendo ser aplicada a sanção, caso a prestação não seja julgada, pelo tribunal competente, após 5 (cinco) anos da sua apresentação.” (destacamos)

Perceba-se que as sanções e consequências estabelecidas

pela legislação partidária, não têm consequências diretas ao contexto eleitoral, pois não limitam ou invalidam a participação dos partidos e candidatos nos respectivos pleitos, tampouco impõem sanções desta natureza pleitos futuros. O que vale dizer, o descumprimento de normas que tem efeitos diretos no processo democrático do Estado brasileiro, não implica em nenhuma espécie de consequência eleitoral imediata e objetiva, pois não macula, por si só, a participação dos partidos e candidatos infratores das normas regulatórias do financiamento eleitoral nos respectivos pleitos. Tais sanções limitam-se, no entanto, em impor restrições pecuniárias aos agentes, sendo na maioria das vezes restrições de acesso aos recursos do Fundo Partidário, que como sabemos, pouco relevância apresentam na vida dos partidos e candidaturas quando contrastados com os recursos advindos das contribuições privadas.

Ressalte-se que, somente nos casos em que restar constato abuso de poder econômico, verificados em procedimento apartado aos de prestação de contas nos termos do art. 237 do Código Eleitoral, serão vislumbradas consequências jurídicas aptas a impedir o exercício de direitos políticos pelo candidato. Nestas circunstâncias, e apenas nelas, estaremos diante de consequências sancionatórias de caráter imediatamente eleitorais.

Porém, nem todas as irregularidades (ilegalidades) relativas as prestações de contas eleitorais implicarão nas hipóteses de abuso do poder econômico.

No mesmo sentido a Lei das Eleições, que regulamenta a obteção e administração de recursos das campanhas eleitorais propriamente ditas, limita-se a prescrever sanções ao descumprimento das normas pertinente ao financiamento das campanhas que apresentam consequências marginais ao contexto eleitoral, vez que consistem em penas de carácter eminentemente econômico.

Exceção se faz nos termos do art. 29, §2º que condiciona a apresentação da prestação de contas para que o

candidato eleito possa ser diplomado pela Justiça Eleitoral. No entanto, a mera apresentação das contas faz-se suficiente para o cumprimento da condição legal para a diplomação, sua futura eventual rejeição pela Justiça Eleitoral não implica em consequências políticas e eleitorais imediatas.

Apontamos que esta dissociação entre os mandamentos eleitorais pertinentes a arrecadação, administração e prestação de contas dos partidos e campanhas eleitorais – normas fundamentais para a manutenção do Estado Democrático nos termos em que foi concebido no Brasil – e as sanções que pretendem garantir o cumprimento de tais imposições, que se apresentam consequenciais apenas marginais ao contexto jurídico eleitoral, limitando-se a imposições de sanções de caráter econômico, restringe de forma sensivelmente prejudicial a efetividade social das normas garantidoras do sistema democrático brasileiro.

Em 1º de março de 2012, nosso Tribunal Superior Eleitoral, fulcrado em seu poder regulamentar, editou a Resolução n.º 23.373/2012, que em seu art. 52, § 2º, estabelecia que *“sem prejuízo do disposto no § 1º, a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral”*. Consequentemente, sem acesso à certidão de quitação eleitoral o cidadão não é reconhecido detentor de todos os requisitos de elegibilidade, impedido, portanto, de registrar candidatura e disputar pleitos eleitorais.

Nitidamente, tal dispositivo normativo teve como objetivo entregar maior força normativa aos mandamentos normativos que regulamenta o financiamento das candidaturas eleitorais, reconhecendo implicações diretas no cenário eleitoral em razão do descumprimento das normas pelas candidaturas.

Ocorre que em 29 de junho de 2012, ao apreciar pedido de reconsideração de lavra de vários partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Tribunal Superior Eleitoral considerou que a determinação em questão (§2º

do art. 52 da Resolução TSE n.º 23.373/2012) extrapolou o poder regulamentar da corte, vez que a legislação não havia expressamente condicionado a expedição de quitação eleitoral à aprovação das contas em eleições pretéritas.

Não nos cabe neste trabalho investigar os limites do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral. No entanto, à par da análise das competências do TSE, não nos restam dúvidas que o conteúdo material da norma expedida pelo tribunal se coaduna com o modelo democrático brasileiro, senão dizer que se faz imperativa para a manutenção da probidade da gestão dos recursos de campanha, vez que as limitações da extensão das consequências do desrespeito das normas eleitorais à seara econômica nos demonstram que tem sido insuficiente para garantir a efetividade de tais normas.

Necessário se faz refletir o sistema eleitoral brasileiro com olhos a sua plena eficácia para o atingimento dos objetivos que o ordenamento jurídico nos revela. Urge a imperatividade de se introduzir no ordenamento jurídico brasileiro norma capaz de garantir a lisura dos financiamentos políticos no Brasil, trazendo para a seara eleitoral as consequências pelo descumprimento de tais normas, tal providência se faz imperativa sob pena de se reconhecer a inconstitucionalidade por omissão do legislador que se faz inerte a falta de imperatividade e eficácia social de normas fundamentais para a democracia brasileira conforme explicitamente revelado por nosso ordenamento jurídico.

O Prefeito Itinerante

Sumário

1. Introdução
2. Direito eleitoral, democracia e princípio republicano
3. A reeleição
4. Prefeito Itinerante ou Prefeito Profissional e o Tribunal Superior Eleitoral
5. Prefeito Itinerante ou Prefeito Profissional e o Supremo Tribunal Federal
6. Conclusão

Referências Bibliográficas

Palavras-chave: Prefeito Itinerante – Prefeito Profissional – Reeleição – Modulação De Efeitos – Justiça Eleitoral

Diogo Rais - Bolsista do Projeto "CNJ Acadêmico" da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e em convênio com a Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP com cursos de extensão em Justiça Constitucional na *Université Paul Cézanne*. Membro do Comitê Editorial da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Autor dos livros: *A Sociedade e o Supremo Tribunal Federal - o caso das audiências públicas* (Editora Fórum, 2012); *Direito Eleitoral - Coleção para Concursos Públicos Nível Médio & Superior* (Editora Saraiva, 2012).



1. Introdução

O presente artigo abordará o tema do Prefeito Itinerante, figura polêmica e que fez a jurisprudência oscilar diametralmente entre sua permissão e proibição. Mas entre esses dois polos há um abismo de aspectos relevantes que devem ser explorados e aqui reside o objetivo deste artigo, isto é, tratar da figura do Prefeito Itinerante de acordo com a jurisprudência realçando não apenas o resultado, mas também o caminho necessário à construção do entendimento atual do Judiciário brasileiro.

Diante da proposta deste artigo partiremos do fundamento da transitoriedade no exercício do poder passando pela evolução jurisprudencial do tema e alcançando as conclusões pertinentes ao estudo.

2. Direito eleitoral, democracia e princípio republicano

O Direito Eleitoral como o complexo jurídico que regula o procedimento de realização democrático não pode ficar alheio ao seu próprio objeto, isto é, a democracia. Dentre o universo de conceitos e requisitos para que se configure uma democracia em grande escala, adota-se aqui as lições de Robert A. Dahl que ao dissertar sobre a democracia elenca as instituições políticas necessárias para sua configuração, são elas: 1. Funcionários eleitos; 2. Eleições livres, justas e frequentes; 3. Liberdade de expressão, 4. Fontes de informação diversificadas, 5. Autonomia para as associações, 6. Cidadania inclusiva (DAHL, 2001: 99). As primeiras instituições estão diretamente relacionadas com o objeto deste trabalho merecendo uma explicação mais detalhada.

Ao elencar a primeira instituição "Funcionários eleitos" Dahl especifica a necessidade de que "o controle das decisões do governo sobre a política é investido constitucionalmente a funcionários eleitos pelos cidadãos". Na segunda instituição traz postulados para o procedimento de eleição, exigindo "Eleições livres, justas e frequentes: por livres quer dizer que os cidadãos podem

ir às urnas sem medo de repressão; para serem justas, todos os votos devem ser contados igualmente. Mesmo assim eleições livres e justas não são o bastante. Imagine eleger representantes para um período de – digamos – vinte anos! Se os cidadãos quiserem manter o controle final sobre o planejamento, as eleições também devem ser frequentes". (DAHL, 2001: 109-110).

Daqui surge a necessidade democrática da periodicidade das eleições, outra necessidade, mas agora de cunho republicano se entrelaça diretamente com o tema deste artigo, me refiro à transitoriedade no exercício do poder derivada do ideal republicano proclamado pela Constituição brasileira. André Ramos Tavares expõe que: "A Constituição brasileira proclama o ideal republicano, não só por acentuar logo no art. 1º que o Brasil é uma República, mas também por adotar a transitoriedade no exercício do poder, a legalidade (governo de leis e não de Homens), a moralidade e a eficiência como pautas constitucionais direcionadas aos diversos agentes do Estado (servidores, funcionários públicos e mandatários de cargos eletivos)". (TAVARES, 2012:1043)

Em suma: um Estado Democrático e Republicano exige que seus governantes sejam eleitos por meio de eleições livres, justas, frequentes e que garantam a transitoriedade no exercício do poder.

3. A reeleição

Até a Emenda Constitucional n. 16 em junho de 1997 era vedada a reeleição aos chefes do Poder Executivo brasileiro, segundo José Jairo Gomes "A reeleição não pertence à história do sistema político brasileiro, haja vista que desde a primeira Constituição Republicana, de 1891, esse instituto jamais foi contemplado. A derrubada da monarquia imperial fixou de forma indelével na consciência coletiva brasileira a ideia da necessidade de rotatividade no poder, base do sistema republicano. Por outro lado, sempre pairou na classe política o temor de que o mandatário supremo da nação pudesse perpetuar-se no comando do Estado, o que poderia ser alcançado

com o exercício de sucessivos mandatos. Quebrando essa tradição, a EC nº 16/97 introduziu o instituto da reeleição [...]” (GOMES, 2011: 143).

Desde então a reeleição foi permitida, embora por uma única vez para esses cargos. Em que pese não ser possível neste artigo, tratar especificamente dos impactos oriundos do instituto da reeleição no cenário nacional, vale frisar, apenas a título de exemplo, que nas eleições para o cargo de Presidente da República, desde sua possibilidade, todos os eleitos se candidataram à reeleição e alcançaram a vitória nas urnas se consagrando Presidente da República.

Reeleição “é a situação em que uma pessoa se candidata nova e sucessivamente ao mesmo cargo que ocupa, sem a necessidade de se desincompatibilizar. Portanto, será necessária a presença de identidade dos três elementos: Prefeito X do Município Y é candidato na eleição subsequente a Prefeito do Município Y” (RAIS, 2012: 81), embora a reeleição de Prefeito seja composta da equação $\text{pessoa}^2 + \text{Prefeito}^2 + \text{Município}^2$, isto é, mesma pessoa para o mesmo cargo de Prefeito no mesmo município sua instituição apresenta uma ligação íntima com o tema do Prefeito Itinerante, tendo sido essas duas figuras equiparadas, como se verá a seguir.

4. Prefeito Itinerante ou Prefeito Profissional e o Tribunal Superior Eleitoral

Prefeito Itinerante, ou Prefeito Profissional, foi a denominação atribuída àquele que, embora esgotada a possibilidade de reeleição, transfere-se para outro município e após se desincompatibilizar se candidata à eleição para Prefeito, podendo ser representada pela equação: mesma pessoa, mesmo cargo de Prefeito, só que - em município diferente.

O Tribunal Superior Eleitoral diante das eleições para Prefeitos e Vereadores de 2004 possuía o entendimento permissivo quanto ao Prefeito Itinerante, exigindo apenas sua desincompatibilização:

“[...] Prefeito. Município diverso. Inelegibilidade (art. 14, § 6º, da Constituição Federal). Prefeito de um município, reeleito ou não, é elegível em estado diverso, ao mesmo cargo, observada a exigência de desincompatibilização seis meses antes do pleito. [...]” (Ac. de 7.10.2004 no REspe no 24.367, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.) “[...] Prefeito. Candidato ao cargo de prefeito em outro município. Necessidade de renunciar ao respectivo mandato até seis meses antes do pleito. Art. 14, § 6º, da CF. [...] É necessária a renúncia ao mandato, seis meses antes do pleito, de prefeito que se candidate ao mesmo cargo em outro município”. (Ac. de 9.9.2004 no REspe no 22.485, rel. Min. Peçanha Martins.) *“[...] Elegibilidade. Prefeito reeleito. Mandatos consecutivos no mesmo município. Candidatura em outro município não criado por desmembramento ou resultado de fusão. Desincompatibilização seis meses antes da eleição. 1. Chefe Executivo Municipal reeleito. Elegibilidade para prefeito ou cargo diverso em outro município não criado por desmembramento ou resultado de fusão. 2. Exigência de desincompatibilização seis meses anteriores ao pleito. 3. Respondida afirmativamente”.* (Res. no 21.485, de 2.9.2003, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.)

Logo após as eleições para Prefeitos e Vereadores realizadas em outubro de 2008 o Tribunal Superior Eleitoral reformou diametralmente seu entendimento, decidindo pela vedação do Prefeito Itinerante:

“Ementa: Agravo Regimental. Agravo de Instrumento. Recurso Especial. Recurso contra a expedição de diploma. ‘Prefeito itinerante’. Exercício consecutivo de mais de dois mandatos de chefia do executivo em municípios diferentes. Impossibilidade. Desprovemento.

1. Ainda que haja desvinculação política,

com a respectiva renúncia ao mandato exercido no município, antes de operar-se a transferência de domicílio eleitoral, não se admite a perpetuação no poder, somente sendo possível eleger-se para o cargo de prefeito por duas vezes consecutivas, mesmo que em localidades diversas, tendo em vista o princípio constitucional republicano.

2. Ressalva pessoal do ponto de vista do Relator.

3. Agravo regimental desprovido". (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 11.539/PI. Rel. Min. Marcelo Ribeiro. DJe, 15.12.2010)

"Ementa: Recurso Especial. Eleições 2008. Registro candidatura. Prefeito. Candidato à reeleição. Transferência de domicílio para outro município. Fraude configurada. Violação do disposto no §5º do art. 14 da CB. Improvimento.

1. Fraude consumada mediante o desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio eleitoral de um para outro Município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito legal disposto no §5º do art. 14 da CB.

2. Evidente desvio da finalidade do direito à fixação do domicílio eleitoral.

3. Recurso a que se nega provimento". (Recurso Especial Eleitoral nº 32.507/AL. Rel. Min. Eros Grau. Publicado em Sessão – PSESS, 17.12.2008)

5. Prefeito Itinerante ou Prefeito Profissional e o Supremo Tribunal Federal

A mesma questão já havia chegado ao Supremo Tribunal Federal em março de 1998 por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.805/DF acerca da Emenda Constitucional n. 16/97 e as demais normas e resoluções que viabilizaram a reeleição. A liminar foi indeferida e a ação pende de julgamento até o presente momento, mas encontrou objeto semelhante no Recurso Extraordinário

n. 637.485/RJ sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes. Tendo sido reconhecida a repercussão geral sob o n. 564 na ocasião do julgamento em 01 de agosto de 2012.

O caso concreto decidido no STF pelo Recurso Extraordinário n. RE 637485/RJ foi, em síntese, o seguinte: "Após exercer 2 mandatos consecutivos como prefeito do mesmo município, transferira seu domicílio eleitoral e, ao atender às regras de desincompatibilização, candidatara-se ao cargo de prefeito de municipalidade diversa no pleito de 2008. À época, a jurisprudência do TSE seria firme no sentido de que não se cogitaria de falta de condição de elegibilidade nessa hipótese, pois a candidatura dera-se em localidade diversa. Por essa razão, sua candidatura não teria sido impugnada pelo Ministério Público ou por partido político. Após transcorrido todo o período de campanha, pressuposta a regularidade da candidatura, conforme as normas então vigentes, o recorrente teria logrado vitória no pleito eleitoral. Contudo, no período de diplomação dos eleitos, o TSE modificara radicalmente sua jurisprudência e passara a considerar a hipótese como vedada pelo art. 14, § 5º, da CF. Em consequência, o Ministério Público Eleitoral e a coligação adversária impugnaram o diploma do candidato (Código Eleitoral, art. 262, I), a resultar na sua cassação". (Informativo STF n. 673, 01 a 03 de agosto de 2012).

Duas questões principais foram discutidas neste julgamento:

- a) qual a interpretação constitucional diante do Prefeito Itinerante?
- b) decisão do TSE, diametralmente oposta ao seu entendimento anterior, pode ser aplicada às eleições recentemente ocorridas?

Quanto a matéria de fundo, isto é, à permissão ou vedação do Prefeito Itinerante o Supremo Tribunal Federal em 01 de agosto de 2012 ratificou, por maioria, o último entendimento do Tribunal Superior Eleitoral equiparando à figura do Prefeito Itinerante a uma "segunda reeleição", considerando portanto, vedada mais de uma "reeleição" mesmo em território distinto. Enfim, sob o regime da repercussão geral, o art. 14, § 5º, da Constituição

brasileira, segundo o STF deve ser interpretado no sentido de que a proibição da segunda reeleição seria absoluta e tornaria inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já cumprira 2 mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso. Em linhas gerais equiparou à reeleição a seguinte equação: mesma pessoa, mesmo cargo (Prefeito), município diferente.

Mas antes de avançar para a segunda questão vale se ater aos argumentos dos Ministros vencidos neste ponto já que entenderam ser permitido – constitucionalmente – a atuação do Prefeito Itinerante. O Min. Cezar Peluso frisou que não existe vedação constitucional, de caráter geral, a proibir eleições consecutivas para vários cargos. Observou ser possível a reeleição em relação a vários cargos da Administração, sucessiva e indefinidamente, sendo vedada para o de Prefeito, e em sua concepção, a razão dessa exceção reside na necessidade de se evitar o abuso de poder. O Min. Marco Aurélio acrescia “não se poder incluir, no preceito constitucional, cláusula de inelegibilidade que dele não constasse. Indagava, de igual forma, como conciliar a autorização para que prefeito — o qual renunciara ao cargo, mesmo que no segundo mandato — pudesse se candidatar a cargos de Presidente da República, de governador, de deputados federal e estadual e de vereador, mas que não pudesse fazê-lo no tocante à chefia de Poder Executivo em município diverso. Destacava que as hipóteses de inelegibilidade estariam previstas de forma exaustiva e não exemplificativa e, por isso, vedado ao intérprete restringir o que não contemplado em preceito constitucional. Lembrava que a interpretação sistemática dos diversos parágrafos do art. 14 da CF seria conducente a estabelecer que, caso um político se apresentasse para concorrer a cargo de prefeito em outro município, não estaria impedido de fazê-lo. Por fim, afirmava que norma geradora de inelegibilidade deveria ser expressa, aprovada pelos integrantes do Congresso Nacional”. (Informativo STF n. 673, 01 a 03 de agosto de 2012). Em que pese a argumentação os dois Ministros foram vencidos, prevalecendo a decisão

que veda a prática do Prefeito Itinerante ou Profissional.

A segunda questão enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal pode ser sintetizada da seguinte maneira: decisão do Tribunal Superior Eleitoral, diametralmente oposta ao seu entendimento anterior, pode ser aplicada às eleições recentemente ocorridas?

No caso concreto o TSE alterou diametralmente seu posicionamento logo após a realização das eleições para Prefeitos e Vereadores em 2008, mais precisamente em dezembro, ou seja, dois meses após as eleições (vide julgado transcrito acima). Durante a campanha eleitoral de 2008, o entendimento do TSE era permissivo quanto ao Prefeito Itinerante ou Profissional, passando à negativa apenas na fase de diplomação do candidato eleito.

Na ocasião do julgamento no STF o Min. Relator Gilmar Mendes destacou que seria crucial avaliar se o TSE, ao mudar sua jurisprudência - especialmente no decorrer do período eleitoral - respeitara o princípio da segurança jurídica. Deveriam realizar a modulação dos efeitos de seus julgados, diante da necessária preservação da segurança jurídica, que lastrearia a realização das eleições, especialmente a confiança dos cidadãos candidatos e eleitores.

Considerou ainda, que em “virtude do caráter normativo dos atos judiciais emanados do TSE, os quais regeriam todo o processo de sufrágio, modificações na sua jurisprudência teriam efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos — eleitores e candidatos — e partidos políticos. Nesse âmbito, portanto, a segurança jurídica assumiria a sua face de princípio da confiança a fim de proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que, de alguma forma, participassem dos prélios eleitorais. Então, as decisões do TSE que implicassem alteração de jurisprudência, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, não incidiriam de imediato no caso concreto e somente possuiriam eficácia sobre outras situações no pleito eleitoral posterior.”

(Informativo STF n. 673, 01 a 03 de agosto de 2012).

O Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre a aplicação imediata da nova decisão do TSE considerou que a segurança jurídica deve permear toda a atividade do legislador e neste caso, também do julgador eleitoral, pretendendo assim manter as relações jurídico-políticas já estabelecidas à luz da norma e da interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, impondo no caso a modulação dos efeitos da decisão.

Esta questão para resolver o caso concreto se revelou ainda mais polêmica do que a permissão ou vedação ao Prefeito Itinerante ou Profissional, restando vencidos quanto à modulação, os Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que desproviavam o recurso. O Min. Joaquim Barbosa argumentou não ser possível conceder modulação por ter o TSE julgado procedente pedido de impugnação do diploma do candidato, ainda no período eleitoral, antes da sua posse. Já a Min. Cármen Lúcia refutou a afronta à segurança jurídica, afirmando que o TSE, em inúmeros julgados, teria vedado a candidatura de Prefeito reeleito a outra prefeitura desde 2008. O Min. Ricardo Lewandowski reconhecia, em que pese a mudança de jurisprudência, que o registro de candidatura se fizera em flagrante transgressão à causa de inelegibilidade prevista no art. 14, § 5º, da CF, que já se encontraria em vigor. Destaco também o posicionamento do Min. Ayres Britto (Presidente) a respeito da técnica da aplicabilidade prospectiva das decisões judiciais, afirmando que somente seria possível realizá-la no interior de uma mesma Corte e portanto, não se deveria aplicá-la em sede de revisão.

6. Conclusão

A questão do Prefeito Itinerante ou Prefeito Profissional provoca um embate entre os postulados republicano-democrático e o direito à elegibilidade, de um lado pende-se ao reforço e acentuação da maturidade democrática e republicana, mas de outro mitiga um direito sem previsão normativa específica, equiparando duas coisas distintas:

reeleição e eleição subsequente para o mesmo cargo em território diferente. A Justiça brasileira apoiada no temor da corrosão desses postulados decidiu pela primeira opção e vedou a figura do Prefeito Itinerante ou Prefeito Profissional estendendo a este a previsão do art. 14, §5º da Constituição brasileira.

Diante dessa escolha da Justiça brasileira um segundo embate surgiu diante do confronto estabelecido entre a aplicação imediata da vedação às eleições ocorridas há dois meses e a segurança jurídica, sendo ao final, esta última a vencedora e por isso, diante da decisão do Tribunal Superior Eleitoral que alterou diametralmente seu posicionamento, o Supremo Tribunal Federal modulou os seus efeitos fazendo valer esse entendimento apenas nas eleições de 2012, isto é, embora o TSE já houvesse decidido pela vedação do Prefeito Itinerante ou Prefeito Profissional, os efeitos dessa decisão alcançarão apenas as eleições para Prefeitos e Vereadores em 2012.

Referências bibliográficas

DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 7 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Atlas, 2011.

RAIS, Diogo. Direito Eleitoral. Coleção Concursos Públicos Nível Médio e Superior. Coord. Luiz Flávio Gomes e Fabrício Bolzan. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Proposta

A Revista Científica Virtual é uma publicação da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção São Paulo tem como missão estimular pesquisas independentes sobre temas jurídicos relevantes para a Advocacia, objetivando um melhor aperfeiçoamento de nossos docentes e discentes e também a produção científica nacional.

Escopo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados de São Paulo é um periódico voltado à publicação de artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisa e estudos independentes sobre os mais diversos temas de todas as áreas do direito.

Público Alvo

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo é voltada para os docentes e discentes da Escola e todos os demais operadores do direito das diversas carreiras jurídicas, tais como professores, estudantes, pesquisadores, advogados, magistrados, promotores e procuradores.

Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

Normas de Submissão

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo recebe artigos jurídicos inéditos do Corpo docente e discente da Escola, de todas as áreas do direito.

Avaliação

Os artigos recebidos pela Revista são submetidos ao crivos da ESA para avaliação da adequação à linha editorial da Revista e às exigências para submissão. Aprovados nesta primeira etapa, os artigos são encaminhados para análise por especialistas nas respectivas áreas temáticas. A decisão final quanto a publicação é do Conselho Editorial.

Direito autorais

Ao submeterem textos à Revista, os autores declararam serem titulares dos direitos autorais, respondendo exclusivamente por quaisquer reclamações relacionadas a tais direitos. Os autores autorizam a Revista, sem ônus, a publicar os referidos textos em qualquer meio, sem limitações quanto ao prazo, ao número de exemplares, ao território ou qualquer outra. A Revista fica também autorizada a adequar os textos a seus formatos de publicação e a modificá-los para garantir o respeito à norma culta da língua portuguesa.

Meio e periodicidade

A Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo será publicada com a periodicidade trimestral, exclusivamente em meio eletrônico - pelo sítio virtual www.esaoabsp.edu.br, com acesso público e gratuito.

Responsabilidade Editorial

A Responsabilidade editorial é exercida em conjunto pela Diretoria e Coordenação Geral da Escola Superior de Advocacia e pelo Conselho Editorial.

Responsabilidade Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista, inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do (s) autor (es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo ou da Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

Fale Conosco

Para encaminhar dúvidas, comentários e sugestões, por favor envie um e-mail para o endereço eletrônico da Revista: revista@esa.oabsp.org.br

Revista



**Largo da Pólvora, 141 , Sobreloja - Liberdade
Telefone: (11) 3346 6800 - Site: www.esaoabsp.edu.br
E-mail: revista@esa.oabsp.org.br**

Revista



ESA

SAO PAULO