

ORGANIZAÇÃO
HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO

HERMENÊUTICA
JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL
DIREITO
ELEITORAL



instituto para o desenvolvimento democrático

ORGANIZAÇÃO
HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO

HERMENÊUTICA
JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL
DIREITO
ELEITORAL



instituto para o desenvolvimento democrático

Conheça nossos cursos
EAD - Educação a Distância



idde.com.br

Acesse nossas redes sociais



iddebrasil

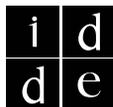


iddeinstituto

Entre em contato conosco



(31) 99926-6344



instituto para o desenvolvimento **democrático**

Pensamento Sustentável. Ações Estratégicas.

ORGANIZAÇÃO
HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO

HERMENÊUTICA
JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL
DIREITO
ELEITORAL

Belo Horizonte
2020

2019 - Instituto para o Desenvolvimento Democrático

Capa e Diagramação: Tapp Digital

H553 Hermenêutica, Jurisdição Constitucional e Direito Eleitoral / Helio
Deivid Amorim Maldonado, – Belo Horizonte: IDDE, 2020.
225p.; 16cm x 23cm.

ISBN: 978-65-88531-00-6

DOI: <https://doi.org/10.32445/9786588531006>

1. Direito Eleitoral. 2 . Direito Constitucional. 3. Hermenêutica
Jurídica. I. Maldonado, Helio. (org.)

CDD 340 (22.ed)
CDU 340



instituto para o desenvolvimento democrático

Rua Espírito Santo, 1204, Loja Térrea
Centro - Belo Horizonte - MG
CEP 30.160.031

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

PREFÁCIO	13
-----------------	----

1 MULTICULTURALISMO, SOCIEDADE DE MASSAS, PARTIDOS POLÍTICOS E REFORMA POLÍTICA	17
--	----

Daury Cesar Fabriz
Fabiana Penedo Santos Neves
Helio Deivid Amorim Maldonado

1. INTRODUÇÃO	17
2. MULTICULTURALISMO, SOCIEDADE DE MASSAS E PARTIDOS DE INTERESSE EM BUSCA DA POLÍTICA NA PERSPECTIVA DE ZYGMUNT BAUMAN	18
3. NECESSIDADE DE RUPTURA COM O ATUAL PARADIGMA DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA E PLURIPARTIDARISMO PARA FORTALECIMENTO DOS PARTIDOS POLÍTICOS	22
4. CONCLUSÃO	32
5. REFERÊNCIAS	33

2 PRÉ-CAMPANHA E A CRISE NO PARADIGMA DA PROPAGANDA ELEITORAL	37
--	----

Arthur Luis Mendonça Rollo
Helio Deivid Amorim Maldonado

1. INTRODUÇÃO	37
2. A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS DE THOMAS KUHN E A IDENTIFICAÇÃO DE CRISE NO PARADIGMA DA PROPAGANDA ELEITORAL	42
3. INSUFICIÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN À SOLUÇÃO DA CRISE DA PROPAGANDA ELEITORAL	45
4. CONCLUSÃO	53
5. REFERÊNCIAS	56

MARCO INICIAL DO PRAZO DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS: RECONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO DE “DECISÃO IRRECORRÍVEL” 59

Adriano Sant’Ana Pedra
Helio Deivid Amorim Maldonado

- 1. DA INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS.**..... 59
- 2. DO CONTORNO JURÍDICO EM TORNO DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS.**..... 63
- 3. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS.**..... 65
- 4. DA RECONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO DE “DECISÃO IRRECORRÍVEL”.**..... 72
- 5. CONCLUSÃO.**..... 77
- 6. REFERÊNCIAS.**..... 78

INELEGIBILIDADE DECORRENTE DA SIMULAÇÃO DE DESFAZIMENTO DE VÍNCULO CONJUGAL OU UNIÃO ESTÁVEL: UMA PROPOSTA DE ENCONTRO DA TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA À TUTELA DO DIREITO MATERIAL 83

Adriano Soares da Costa
Helio Deivid Amorim Maldonado

- 1. DA INTRODUÇÃO DA INELEGIBILIDADE POR CONDENAÇÃO DECORRENTE DA SIMULAÇÃO DE DESFAZIMENTO DE VÍNCULO CONJUGAL OU UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO ELEITORAL.**..... 83
- 2. DO CONTORNO JURÍDICO DA INELEGIBILIDADE DECORRENTE DA SIMULAÇÃO DE DESFAZIMENTO DE VÍNCULO CONJUGAL OU UNIÃO ESTÁVEL.**..... 87
- 3. CONCLUSÃO: UMA PROPOSTA DE ENCONTRO DA TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA AO GUARNECIMENTO DA INELEGIBILIDADE POR SIMULAÇÃO DE DESFAZIMENTO DE VÍNCULO CONJUGAL OU UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DA EXTENSÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA SEGUNDO O NOVO CPC.**..... 93
- 4. REFERÊNCIAS.**..... 100

5 HERMENÊUTICA CONCRETISTA NO AFERIMENTO DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS: APLICABILIDADE DO ARTIGO 22, §1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO NA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA..... 105

Rodolfo Viana Pereira

Helio Deivid Amorim Maldonado

- 1. INTRODUÇÃO: DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS, POR DECISÃO IRRECORRÍVEL DE ÓRGÃO COMPETENTE, COMO CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA E SUA VIRTUALIZAÇÃO PELA JUSTIÇA ELEITORAL.**..... 105
- 2. DA RECUPERAÇÃO DO CONCRETO NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER.**..... 113
- 3. A HERMENÊUTICA COMO CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA DE FRIEDRICH MÜLLER COMO PRESSUPOSTO TEÓRICO À APLICABILIDADE DO ARTIGO 22, §1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO NA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA.**..... 119
- 4. CONCLUSÃO.**..... 123
- 5. REFERÊNCIAS.**..... 124

6 ABUSO DE PODER E SEU REFLEXO NA NORMALIDADE E LEGITIMIDADE DO PLEITO: DA PERMANENTE NECESSIDADE DE RETORNO AO MUNDO DOS EVENTOS PARA REVELAÇÃO DE SEU SIGNIFICADO PELA JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL..... 127

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Helio Deivid Amorim Maldonado

- 1. INTRODUÇÃO.**..... 127
- 2. CONSTITUCIONALISMO, PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E AUTODEFESA DA CONSTITUIÇÃO.**..... 128
- 3. ABUSO DE PODER: UMA HIPÓTESE DE CONFORMAÇÃO E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.**..... 133
- 4. DA PERMANENTE NECESSIDADE DE RETORNO AO MUNDO DOS EVENTOS PARA A REVELAÇÃO DO SIGNIFICADO DE ABUSO DE PODER PELA JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL.**..... 138

5. CONCLUSÃO.	147
6. REFERÊNCIAS.	148

7 ASSENTO CONSTITUCIONAL DO ROL DE CONDUTAS VEDADAS, TAXATIVIDADE DE SUAS DISPOSIÇÕES E PLASTICIDADE DO ABUSO DE PODER POLÍTICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Caleb Salomão Pereira Silva
Helio Deivid Amorim Maldonado

1. INTRODUÇÃO.	153
2. CONDUTAS VEDADAS EM CAMPANHA ELEITORAL E SUA CORRELAÇÃO COM O ABUSO DE PODER POLÍTICO.	155
3. TAXATIVIDADE DO ROL DE CONDUTAS VEDADAS EM CAMPANHA ELEITORAL (COLISÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS).	159
4. DA PLASTICIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO CAMPO FÉRTIL PARA O ATIVISMO JUDICIAL.	162
5. CONCLUSÃO.	164
6. REFERÊNCIAS.	166

8 REABILITAÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA RECOGNIÇÃO SOBRE A PROVA NO PROCESSO ELEITORAL: RELEITURA DO ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 63/90.

Américo Bedê Freire Júnior
Rodrigo Klippel
Helio Deivid Amorim Maldonado

1. INTRODUÇÃO.	169
2. DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA VALORAÇÃO DA PROVA NOS PARADIGMAS HERMENÊUTICOS DO ESTADO LIBERAL E ESTADO SOCIAL DE DIREITO.	173
3. DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA VALORAÇÃO DA PROVA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.	179
4. CONCLUSÃO.	184
5. REFERÊNCIAS.	188

DA APLICABILIDADE DA LEI DO BALANCEAMENTO DE ROBERT ALEXY NA PONDERAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA NOS ILÍCITOS ELEITORAIS SUSCETÍVEIS DE CASSAÇÃO DE REGISTRO, DIPLOMA OU MANDATO. 193

Rafael Henrique Guimarães Teixeira De Freitas
Ricardo Benetti Fernandes Moça
Helio Deivid Amorim Maldonado

- 1. INTRODUÇÃO: DA INVARIÂNCIA DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 489, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUANDO DO AFERIMENTO DA POTENCIALIDADE LESIVA DOS ILÍCITOS ELEITORAIS PASSÍVEIS DE CASSAÇÃO DE REGISTRO, DIPLOMA OU MANDATO. 193**
- 2. DA ESTRUTURA FORMAL DA LEI DO BALANCEAMENTO DE ROBERT ALEXY, E DA RACIONALIDADE DO DISCURSO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA ATRIBUIÇÃO DE DIMENSÃO DE PESO A PRINCÍPIOS COLIDENTES. 198**
- 3. CONCLUSÃO: DA OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA FORMAL DA LEI DO BALANCEAMENTO NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE CASSAÇÃO DE REGISTRO, DIPLOMA OU MANDATO, E DA OBSERVÂNCIA DE LIMITES ESTRUTURAI À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. 203**
- 4. REFERÊNCIAS. 205**

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DÍVIDAS DE CAMPANHA ELEITORAL: DA INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE ENTRE CANDIDATOS E PARTIDOS POLÍTICOS 207

Flávio Cheim Jorge
Ludgero Liberato
Helio Deivid Amorim Maldonado

- 1. INTRODUÇÃO. 207**
- 2. O LEADING CASE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.085.193/BA. 210**
- 3. O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN. A JURISPRUDÊNCIA COMO UM ROMANCE EM CADEIA. E A NECESSIDADE DA RESPOSTA CORRETA NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA. 212**
- 4. CONCLUSÃO: DOS FUNDAMENTOS QUE PERMITIREM A INTERPRETAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL INDIVIDUAL PELAS DÍVIDAS DE CAMPANHA ELEITORAL. 216**

APRESENTAÇÃO

A intercombinação entre hermenêutica e jurisdição constitucional tem por objetivo fornecer um fundamento epistemológico ao Direito Eleitoral, compatibilizando-o com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Isto pois, subsiste uma inevitável trajetória entre texto de Lei e norma, sendo essa o produto da atividade interpretativa da Justiça Eleitoral na judicialização do processo eleitoral, guiada essa competência, entretanto, pela procura de respostas circunstancialmente corretas e constitucionalmente adequadas.

Nesse diapasão, o livro apresenta matrizes teóricas diversas da Teoria Geral do Direito, da Sociologia do Direito, da Filosofia do Direito, do Direito Constitucional e do Direito Eleitoral, aplicando-as como fundamento à dogmática eleitoral, nas questões relacionadas aos partidos políticos; à propaganda eleitoral; às inelegibilidades; ao abuso de poder; à valoração probatória; e à responsabilidade civil por dívidas de campanha.

O trabalho é o resultado de um compilado de textos inéditos produzidos nos últimos cinco anos de estudos de seu organizador junto ao Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional, no curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, sendo convidados para orientar e colaborar com o livro diversos juristas do Estado do Espírito Santo e do Brasil.

Assim, no primeiro Artigo, intitulado “Multiculturalismo, sociedade de massas, partidos políticos e reforma política”, é apresentado um diagnóstico da sociologia de Zygmunt Bauman sobre o papel dos partidos políticos em sociedades de massas e multiculturais como a brasileira, sendo defendido por seus autores Daury Cesar Fabríz, Fabiana Penedo Santos Neves, e Helio Deivid Amorim Maldonado, que, ainda hodiernamente, os partidos políticos são o ambiente ideal para a aglutinação de grupos de interesses (como “massas coloridas”) a serem contrapostos na arena política da luta por reconhecimento. Contudo, para

a incolumidade horizontal do princípio democrático nas relações intrapartidárias, e superação da atual crise de representatividade das agremiações políticas, os autores defendem uma reforma política legislativa capaz de brechar o pluripartidarismo desenfreado e fazer a ruptura do excesso de autonomia partidária no Brasil.

No segundo artigo, denominado “Pré-campanha e a crise do paradigma da propaganda eleitoral”, seus autores Arthur Luis Mendonça Rollo e Helio Deivid Amorim Maldonado apresentam a historiografia da história da ciência feita por Thomas Kuhn, identificando a partir de seu pressuposto teórico uma crise do paradigma da propaganda eleitoral, porque com o advento da pré-campanha os conceitos e princípios até então vigentes na doutrina e jurisprudência eleitoral sobre a propaganda eleitoral não mais servem ao seu aferimento. Assim sendo, ao final do trabalho, apontam os autores que o método do positivismo jurídico de Hans Kelsen com o seu enclausuramento conceitual é insuficiente à revolução de uma nova compreensão sobre a propaganda eleitoral, sendo necessária a adoção de uma metódica diversa que proporcione a harmonização entre a liberdade de manifestação do pensamento do indivíduo, a defesa da igualdade de condições entre os concorrentes, e a coibição do abuso de poder.

Já no Artigo “Marco inicial do prazo da inelegibilidade por rejeição de contas: reconstrução do significado de “decisão irrecorrível””, terceiro texto dessa obra, seus autores Adriano Sant’Ana Pedra e Helio Deivid Amorim Maldonado buscam reconstruir o significado de decisão irrecorrível decorrente de rejeição de contas, para fins de inelegibilidade, perpassando pela percepção da inevitável trajetória entre texto de Lei e norma – segundo a Teoria dos Princípios de Humberto Ávila, para, a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, mormente pela consideração da jurisdição constitucional do Tribunal de Contas, definir o marco inicial e final do prazo da inelegibilidade em estudo.

No quarto Artigo, alcunhado de “Inelegibilidade decorrente da simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável: uma proposta de encontro da técnica processual adequada à tutela do direito material”, seus autores Adriano Soares da Costa e Helio Deivid Amorim Maldonado promovem o resgate do sentido e alcance da decisão condenatória para fins de inelegibilidade decorrente da simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável, para, pelo método fenomenológico da Crítica Hermenêutica do Direito de Lênio Streck, apontar dentro do microsistema processual eleitoral qual(s) é(s) a(s) demanda(s) específicas à tutela desse direito material.

Seguindo, com o tema “Hermenêutica concretista no aferimento da inelegibilidade por rejeição de contas: aplicabilidade do artigo 22, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro na Ação de Impugnação de Registro de Candidatura”, no quinto Artigo, os autores Rodolfo Viana Pereira e Helio Deivid Amorim Maldonado propõem a utilização da applicatio de Hans-Georg Gadamer e apropriação da hermenêutica como concretização normativa de Friedrich Müller

para o cotejamento da inelegibilidade por rejeição de contas no âmbito da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, tomando em relevo, na identificação da prática de irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, delineadas soberanamente nas premissas fáticas-jurídicas da decisão irrecurável do órgão competente.

No sexto artigo, denominado “Abuso de Poder e seu Reflexo na Normalidade e Legitimidade do Pleito: da permanente necessidade de retorno ao mundo dos eventos para revelação de seu significado pela judicialização do processo eleitoral”, os autores Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha e Helio Deivid Amorim Maldonado qualificam o abuso de poder no processo eleitoral como uma hipótese de conformação e restrição de direitos fundamentais, de modo a defenderem que o preenchimento de seu conteúdo semântico se realiza somente pela judicialização das Eleições. Contudo, a fim de evitar a judicialização da política, os autores propõem o estabelecimento de constrangimentos hermenêuticos à essa densificação, sendo aferida a legitimidade dessa constatação pela fundamentação da decisão judicial que impõe a cassação de registro, diploma ou mandato.

Continuando, no sétimo Artigo, “Assento constitucional do rol de condutas vedadas, taxatividade de suas disposições e plasticidade do abuso de poder político no ordenamento jurídico”, os autores Caleb Salomão Pereira Silva e Helio Deivid Amorim Maldonado apresentam a ideia da relação de subsidiariedade entre as condutas vedadas em campanha eleitoral e o abuso de poder político, sendo aquelas uma espécie desse, motivo pelo qual, nada obstante a taxatividade das condutas vedadas delineadas pelo princípio da legalidade administrativa estrita, na completude do ordenamento jurídico, ações outras na campanha eleitoral de utilização da máquina pública em favor de candidato, partido ou coligação, que atinjam a normalidade e legitimidade do pleito, são subsumidas como abuso de poder.

Como oitavo Artigo os autores Américo Bedê Freire Júnior, Rodrigo Ávila Guedes Klippel e Helio Deivid Amorim Maldonado apresentam o tema “Reabilitação das máximas de experiência na reconhecimento sobre a prova no processo eleitoral: releitura do artigo 23 da Lei Complementar nº 63/90”, defendendo que não é possível na valoração probatória sobre o abuso de poder o juiz se servir, literalmente, de “circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes”. Em verdade, para que haja concordância entre a procura da salvaguarda da normalidade e legitimidade das Eleições e a defesa da garantia fundamental do contraditório no processo eleitoral, ditas “circunstâncias ou fatos” devem ser compreendidos como as máximas de experiência, extraídos esses preconceitos de padrões extranormativos contidos na historicidade em que está inserido o juiz e conhecidos os mesmo pela existencialidade do magistrado como ser-no-mundo.

No nono Artigo, “Aplicabilidade da Lei do Balanceamento de Robert Alexy na

ponderação da potencialidade lesiva nos ilícitos eleitorais suscetíveis de cassação de registro, diploma ou mandato”, os autores Rafael Henrique Guimarães Teixeira de Freitas, Ricardo Benetti Fernandes Moça e Helio Deivid Amorim Maldonado, defendem a adoção do sopesamento de Robert Alexy no aferimento do abuso de poder, dada a insuscetível colisão entre o princípio democrático e a necessidade de salvaguarda e legitimidade das Eleições, servindo a racionalidade e o esquema formal da Lei do Balanceamento como barreira de contenção à discricionariedade judicial nesse sentido, pela sua exigência de qualificação do ônus argumentativo da decisão judicial ao haver o percorrimto das etapas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, o décimo Artigo, nominado como “Responsabilidade civil por dívidas de campanha eleitoral: da inexistência de solidariedade entre candidatos e partidos políticos”, pela perspectiva do Direito como integridade de Ronald Dworking, os autores Flávio Cheim Jorge, Ludgero Liberato e Helio Deivid Amorim Maldonado apontam a incorreção da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em torno da responsabilidade civil sobre as dívidas de campanha eleitoral, apresentando razões diversas extraídas da interpretação sistemática do ordenamento jurídico eleitoral, e conforme à Constituição, para a superação de precedente.

Vitória/ES, 26 de julho de 2020

HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV/ES. Especialista em Direito Público e em Fazenda Pública em Juízo. Membro da Comissão Estadual de Direito Eleitoral da OABES. Membro da Comissão Nacional de Direito Eleitoral da OAB. Advogado.

PREFÁCIO

A complexidade que acompanha o convite para prefaciар uma obra tem relação direta com o conteúdo da mesma e com o método utilizado por seu autor para abordar, desenvolver os temas objeto de reflexão e formular hipóteses de resolução dos problemas.

O desafio se avoluma quando se trata de obra coletiva e os coautores correspondem às exigências do organizador, que construiu em parceria todos os artigos e emoldurou a pesquisa e a produção dos textos com a provocativa filosofia hermenêutica no âmbito da jurisdição constitucional, tendo por objeto sua especialidade profissional, o Direito Eleitoral e suas peculiaridades flutuantes, como flutuante é a jurisprudência temática.

Helio Deivid Amorim Maldonado é um advogado que se posiciona no front do estratégico e do litigioso em defesa de seus clientes, a maioria dependentes da relação nem sempre tranquila com as estruturas judiciais de controle dos processos eleitorais.

Lembro-me do primeiro contato com Helio, no pátio da Faculdade de Direito de Vitória. Diante de mim, um jovem advogado que apresentava salutar angústia: notando a necessidade de enriquecer suas interações com a advocacia que já exercia com excitação intelectual, demonstrava interesse em ampliar os horizontes de intelecção e atuação nas atividades de consultoria e de assessoria nos litígios próprios da jurisdição eleitoral.

A mim coube apenas perceber e elogiar seu desconforto com o estado das coisas e confirmar suas impressões: a riqueza do Direito está no reconhecimento de sua incapacidade de oferecer as soluções que promete e, paradoxalmente, de se abrir para as transformações exigidas pelo meio sociopolítico. E isso não se consegue pela submissão a dogmatismos estéreis e tampouco apenas pelo labor processual cujo formalismo tende a reproduzir as formas jurídicas; ao contrário, somente pela interdisciplinaridade – inclusive metajurídica – podem

ser elaboradas as provocações capazes de otimizar a relação Direito/Sociedade, sobretudo por meio da doutrina e da jurisprudência.

Eu não via, disse a ele na ocasião, meios de superar aquele princípio de desencantamento com o Direito sem o reconhecimento de que sua vida intelectual e profissional só poderia apresentar a evolução desejada se as filosofias fossem utilizadas para tratar de suas angústias diante dos casos concretos e também da sua própria existência. Por essas vias chegamos, em conversas de pátio e de sala de orientação de monografia, a Gadamer, Dworkin e outros provocadores filosóficos que mexem com nossa potência de agir.

Essa foi a senha usada pelo organizador desta obra para o reconhecimento de que suas angústias só poderiam ser adequadamente tratadas pelos saberes que orbitam e transcendem o fazer jurídico, sem com ele se confundirem. Por essas sendas, Helio Maldonado se lançou a estudos aprofundados de hermenêutica, filosofia do direito, direito constitucional e jurisdição constitucional, tendo como pano de fundo a lides eleitorais, sempre apoiado por dedicados advogados, magistrados e professores das instituições que escolhera para seu aperfeiçoamento intelectual – a Faculdade de Direito de Vitória.

Os capítulos desta obra são o extrato desse esforço conjunto: traduzem o labor intelectual do pesquisador-organizador e sua habilidade no convívio com diferentes acadêmicos e colegas de profissão, revelando amplo e crítico olhar sobre os fenômenos jurídico-eleitorais.

A diversidade e a complexidade dos temas aqui enfrentados revelam como o advogado soube colocar sobre as questões práticas surgidas na defesa de seus clientes as lentes epistemológicas do acadêmico e pesquisador, proporcionando efetivo enriquecimento na abordagem dos temas que surgem na jurisdição constitucional organizadora das práticas eleitorais no Brasil.

Assim compreendida, a obra que o leitor tem em mãos pode ser vista como um caleidoscópio dos temas relevantes em Direito Eleitoral, um corpus de conceitos e normas cambiantes e confirmador de que o direito é, mesmo, a foz onde desaguam as forças da política e da economia, percepção que confirma a necessidade imposta a todo jurista de, ao lidar com o Direito, tentar compreender os fenômenos metajurídicos que o determinam.

É certo que não se está diante de um manual de Direito Eleitoral, mas a precisão das reflexões e a abordagem multidisciplinar empregadas pelo organizador e seus coautores criam, em todos os capítulos, um guia seguro para a reflexão exigida nos processos de intelecção dos fenômenos eleitorais regulados pelo referido corpus.

É preciso afirmar: a excitante intelecção desses fenômenos proporcionada pela leitura dos capítulos que se seguem demonstra o êxito alcançado pelo organizador em face do desafio de conferir à sua militância em prol de seus clientes

de Direito Eleitoral novos horizontes de análise, compreensão, argumentação e solução de problemas práticos.

Evitando estender demais o prefácio, nada mais do que simples prelúdio do que virá, retorno ao início relembrando Hans-Georg Gadamer, como fiz na primeira tratativa com o organizador, quando o lembrei do conceito de horizonte. Gadamer aplica esse conceito à consciência pensante e se refere à estreiteza do horizonte e à possibilidade de ampliá-lo e, ao mesmo tempo, prestigiar a abertura de novos horizontes.

É fonte de júbilo testemunhar o aprendizado de Helio Maldonado, também perseguido por todos os que estamos na lida profissional e acadêmica, diante do desafio gadameriano de ampliação do campo visual. O organizador, um dileto amigo, compreendeu plenamente, com Gadamer, que “aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo”.

Por isso seu esforço, aqui coroado, de trazer para a comunidade jurídica os horizontes que descortinou ao ponto de, ainda valorizando a dogmática jurídica de seu métier, olhar para os fatos que envolvem e transcendem os fenômenos eleitorais.

Diante dos horizontes assim compartilhados, com o que presta homenagem a um de seus inspiradores, o notável filósofo Gadamer, Helio Maldonado nos oferece uma importante criação coletiva, tornando todos merecedores de aplausos e agradecimentos.

Vitória/ES, 26 de julho de 2020

CALEB SALOMÃO PEREIRA

Advogado, Mestre e Doutor em Direito. Professor de Direito Constitucional, de Ética e de Direitos Humanos. Diretor do Instituto Cognorama.

1

MULTICULTURALISMO, SOCIEDADE DE MASSAS, PARTIDOS POLÍTICOS E REFORMA POLÍTICA

Daury Cesar Fabríz¹.

Fabiana Penedo Santos Neves².

Helio Deivid Amorim Maldonado³.

1. INTRODUÇÃO.

Nos últimos anos é assente o crescente descontentamento da sociedade em relação à política de um modo geral. Partidos e políticos estão desacreditados. Esse estado atual das coisas representa um perigo para a sobrevivência da própria ideia de democracia como governo do povo, pelo povo e para o povo.

O presente estudo, tomando como ponto de partida os estudos do sociólogo Zygmunt Bauman, analisará a atual conjectura política geral para compreender qual é o papel dos partidos políticos nas sociedades de massas e multiculturais. Conceitos como multiculturalismo, sociedade de massas e partidos de interesse serão melhor esboçados para que se clarifique a compreensão acerca do contexto político atual sob o qual estamos imersos, em que as demandas coletivas reúnem-se por meio da formação da opinião pública, são propagadas pelos meios

1 Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos. Advogado. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV/ES. Professor associado da UFES.

2 Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV/ES. Advogada.

3 Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV/ES. Especialista em Direito Público e em Fazenda Pública em Juízo. Membro da Comissão Estadual de Direito Eleitoral da OABES. Membro da Comissão Nacional de Direito Eleitoral da OAB. Advogado.

de comunicação de massas e assimiladas por grupos reunidos em torno de ideais comuns como “massa colorida”.

Em seguida, o trabalho pretende apresentar uma radiografia político-partidária brasileira, tanto pelo viés normativo estrutural, quanto pelo espectro funcional de sua práxis. Por via de consequência, serão discutidos os motivos pelos quais a formação e funcionamento dos partidos políticos vigente acarreta um abuso de direito sobre a autonomia partidária, em que a formação de coligações partidárias em busca de desempenho eleitoral são hipervalorizadas em detrimento das alianças por razões de convergências ideológicas, irradiando o artificialismo da governabilidade dos vitoriosos para o momento pós-eleitoral, mantido pela imposição antidemocrática das diretrizes partidárias. Outrossim, a criação desenfreada de partidos políticos também será objeto de descrição na análise, uma vez que a proliferação de agremiações importa diretamente na formação de “partidos de aluguel” a serviço das oligarquias políticas tradicionais.

Na conclusão ficará evidenciado que todo esse panorama apresentado no texto induz à constatação da crise da representatividade democrática no Brasil. Nesse ínterim, urge a necessidade de se realizar reforma política para obter o resgate do papel ontológico dos partidos políticos, uma vez que estes ao realizarem a mediação necessária entre a vontade popular e ação estatal, por um sistema de competências e procedimentos, por seus integrantes acabam por democraticamente definir quais decisões coletivas serão vitoriosas na arena política pela luta por reconhecimento de direitos.

2. MULTICULTURALISMO, SOCIEDADE DE MASSAS E PARTIDOS DE INTERESSE EM BUSCA DA POLÍTICA NA PERSPECTIVA DE ZYGMUNT BAUMAN.

As sociedades ocidentais⁴, moldadas com base no capitalismo⁵, se desenvolveram em um contexto multicultural⁶ composto de identidades diversas, contudo

4 Boaventura de Sousa Santos destaca que o epicentro da força gravitacional do mundo contemporâneo gira em torno do continente Europeu e Americano (2010, p. 191). Nas palavras do mesmo: “Em cada era, um povo assume a responsabilidade de conduzir a Ideia Universal, tornando-se, assim, o povo histórico universal, privilégio que passou sucessivamente dos asiáticos para os gregos, depois para os romanos, e finalmente, para os povos germânicos. Para Hegel, a América, ou antes, a América do Norte, transporta um futuro ambíguo, na medida em que não colide com a realização absoluta da história universal da Europa”.

5 Sistema econômico triunfante nas relações comerciais, em que os meios de produção estão nas mãos da propriedade privada, cuja comercialização tem o escopo sempre de produzir o lucro.

6 Na definição de Giovanni Sartori (2003, p. 87) sociedades plurais são aquelas “marcadamente divididas por cuestiones religiosas, ideológicas, linguísticas, culturais, étnicas ou raciales, em subsociedades virtualmente separadas”.

sob um panorama ideológico de pretensa homogeneização e universalização⁷. Tal processo de colonização do poder do descobridor sobre o descoberto é bem relatado por Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 181) ao dizer:

Porque sendo a descoberta uma relação de poder e de saber, é o descobridor que tem mais poder e mais saber e, com isso, capacidade para declarar o outro como descoberto. É a desigualdade de poder e de saber que transforma a reciprocidade da descoberta na apropriação do descoberto. Toda a descoberta tem, assim, algo de imperial, uma ação de controle e submissão.

Nessa senda, o capitalismo triunfante no ocidente impôs a pretensão de homogeneização e universalização dos ideais individuais. As relações sociais, desse modo, passaram a ser estabelecidas em torno do consumo, formando-se uma sociedade fragmentada em seus interesses coletivos. Assim, as multiculturas presentes nessas sociedades passam a fazer parte de uma única cultura geral, onde a lógica de mercado impõe suas manifestações em uma rede de produção de massa voltada para o consumo. Tal fato qualifica as relações entre os indivíduos enquanto produtos e, ao mesmo tempo, produtores da realidade social, intensificando a formação de uma sociedade de cunho individualista (BAUMAM, 2000, p. 11-12).

Desde a primeira evolução de direitos, os direitos de liberdade⁸ sempre se correlacionaram com os direitos de participação política dos indivíduos na condução da *res pública*. Assim é o registro de Adriano Sant'Ana Pedra (2012, p. 120) a respeito do surgimento e qualificação dos direitos políticos:

Os direitos de primeira geração também se preocupam com a participação na vida pública e, nesse sentido, também alcançam os direitos políticos. Os direitos políticos constituem o poder que os cidadãos ativos têm de participar direta ou indiretamente das decisões de seu Estado. Os direitos políticos são direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, constituídos de instrumentos que visam disciplinar as formas de atuação da soberania popular, permitindo o exercício da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado.

Entretanto, Bauman (2000, p. 13-16) assevera que, dada a constatação da apatia política generalizada, “o aumento da liberdade individual pode coincidir com o aumento da impotência coletiva”. Assim, em nossa atual sociedade complexa, pelo afastamento dos cidadãos da política, facilitada está a tradução de questões pessoais em questões públicas. Destarte, o que sobeja a ser pleiteado em público decorre de questões particulares, que não se tornam, portanto, questões públicas apenas por estarem em exibição pública.

7 Citamos como exemplo corroborador da assertiva a Colonização europeia da África e América.

8 Compreendidos na acepção de Norberto Bobbio (2002, p. 20) como os direitos de opinião, expressão, reunião e associação.

Malgrado esta falta de linhas divisórias mais sedimentadas entre o interesse privado e público permita a privatização desses últimos, em verdade as demandas individuais mesmo assim não alcançam um sentido coletivo. Segundo Bauman (2000, p. 16-24) “o problema é que restaram hoje poucos espaços públicos e privados como outrora, de modo que em seus lugares, não existem novos espaços capazes de substituí-los”. A aposta para mudar tal situação estaria, a seu ver, na volta da utilização da *Ágora*⁹, ou seja, de um espaço que não é privado e nem público, mais sim, um misto de privado e público. Neste ambiente mesclado se prostrariam questões particulares não apenas para dissecá-las individualmente, mas também para buscar soluções e alternativas satisfatórias e eficientes o bastante para a sua transformação em questões públicas, produzindo por meio do compartilhamento dessas conclusões uma sociedade mais coletivamente organizada.

Nesse diapasão, deve ser compreendido que o século XXI vivencia o fenômeno da sociedade de massas, ativadas e subjetivadas, como um conjunto incontável de pessoas que “vivenciam a si mesmas como uma grandeza apta à reunião” (SLOTTERDIJK, 2000, p. 19). Essa reunião é construída a partir da formação da opinião pública¹⁰, distribuída por meio do “modelo cascata”, processo no qual a germinação da informação é feita pelos detentores do saber (elites políticas, econômicas e sociais), a disseminação é realizada pelos meios de comunicação (desempenhando estes o papel fulcral na formação da opinião pública), e a assimilação é feita pela massa como grupos aglutinados em torno de ideias (SARTORI, 1994, p. 132-136).

Entrementes, no seu nascedouro, essas massas de pessoas, dada a sua confluência acrítica por adesão involuntária à opinião introduzida nas “piscinas hierarquizadas do conhecimento”, é cinzenta, não postulando ou demandando interesse público específico. Isto é, sua constituição dar-se-á por “motivos opacos”.

Nessa expressão entra em colapso a visão romântico-racional do sujeito democrático, que poderia saber o que quer; dissipou-se o sonho do coletivo autotransparente, o fantasma sociofilosófico de um abraço entre espírito do mundo e coletivo despedaça-se num bloco de indissolúvel escuridão: pretume humano (SLOTTERDIJK, 2000, p.16).

Ocorre que, diante da multiplicação e difusão de ideias que surgem pela

9 *Ágora* era a praça principal das antigas cidades gregas, local em que se instalava o mercado e que muitas vezes servia para a realização das assembleias do povo.

10 Giovanni Sartori qualifica o conceito de opinião pública da seguinte maneira (1994, p. 125): “Em seu sentido primário, uma opinião é considerada pública não apenas por ser difundida entre os públicos, como também por dizer respeito a coisas públicas – res pública. Em síntese, a opinião é antes de tudo um conceito político. Isso significa que uma opinião sobre coisas públicas é – deve ser – uma opinião exposta à informação sobre as coisas públicas”.

amplificação e acessibilidade dos canais de comunicação na modernidade, a “massa cinzenta” passa a ser “massa colorida”, porque “a massa de ajuntamento tornou-se uma massa relacionada a um programa”, abandonando a necessidade de reunião e ajuntamento físico de pessoas, para passar a formar uma virtual pluralidade organizada em torno de múltiplas opiniões/programas. Nas palavras de Sloterdijk: “Agora se é massa sem que se veja os outros” (2000, p. 20).

O multiculturalismo¹¹, sufocado no desenvolvimento da história moderna, desprende-se de alguns de seus grilhões e, a partir do delineamento das particularidades da diversidade da “massa colorida” (com a formação de uma “pluralidade identitária”) toma espaço na arena de lutas generalizadas por reconhecimento¹². Formam-se nesse contexto os “partidos de interesse”¹³, porque a luta por reconhecimento implica no engajamento de pessoas em torno de ideais.

Somente quando os partidos e os sistemas partidários se desenvolveram no século XIX é que foi reconhecido e compreendido que um consenso pluralista ou, dependendo da ênfase, um dissenso pluralista não só era compatível com uma boa sociedade política, mas também lhe trazia benefícios. O ponto crucial é, portanto, que o dissenso, a oposição, políticas adversárias e contestação são todas noções que adquirem um valor positivo, e um papel positivo, no contexto do pluralismo, isto é, na concepção pluralista da sociedade e da história. Antes de qualquer outra coisa, o pluralismo é a crença no valor da diversidade (SARTORI, 1994, p. 131).

Destarte, nessa visada, os partidos políticos¹⁴, pois “captam e assimilam rapidamente a opinião pública; catalisam, organizam e transformam em bandeiras de luta as díspares aspirações surgidas no meio social” (GOMES, 2016, p. 107), estão vocacionados, hodiernamente, a servirem como a “Ágora moderna”, para se trilhar um caminho adequado em busca da política, porque permitem em seu ambiente a discussão em torno de questões privadas e sua conversão em questões

11 Na perspectiva de Zigmunt Bauman (2000, p. 200-203) o multiculturalismo é uma ideia republicana por onde habita uma sociedade pronta para negociar continuamente com livre fluxo de propostas e liberdade cultural. Também implica que a diferença cultural entre os povos, não é uma desvantagem e não desqualifica o cidadão para a participação na vida pública.

12 Na inteligência de Nelson Camatta Moreira (2010, p. 36) “a identidade e o reconhecimento não foram devidamente problematizados na Modernidade. Por isso, com o fim das hierarquias sociais (pré-modernas), tornou-se de suma importância definir em que medida e de que modo o reconhecimento faz parte da construção de identidades individuais e coletivas”.

13 Nesse mesmo sentido é o pensamento de Karl Loewenstein (1982, p. 427), ao dizer que o fenômeno da participação de grupos no poder decorreu exatamente da “revolución industrial y com el advenimiento de la sociedad tecnológica de masas”.

14 José Jairo Gomes (2016, p. 110) assim conceitua os partidos políticos: “Compreende-se partido político a entidade formada pela livre associação de pessoas, com organização estável, cujas finalidades são alcançar e/ou manter de maneira legítima o poder político-estatal e assegurar, no interesse do regime democrático de direito, a autenticidade do sistema representativo, o regular funcionamento do governo e das instituições políticas, bem como a implementação dos direitos humanos fundamentais”.

públicas, por meio da aglutinação de pessoas ao redor de ideais.

3. NECESSIDADE DE RUPTURA COM O ATUAL PARADIGMA DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA E PLURIPARTIDARISMO PARA FORTALECIMENTO DOS PARTIDOS POLÍTICOS.

Na formulação idealizada por Lincon, a democracia é “o governo do povo, pelo povo, para o povo”. Tal concepção denota como bem aponta Sartori (1994, p. 57) que “a sociedade tenha precedência sobre o Estado, que os governados e o governo aceitem o princípio de que o Estado está a serviço dos cidadãos”.

Outrossim, para essa viabilidade democrática, imperiosa é a necessidade, antes de tudo, de participação popular na vontade estatal, pois “a essência do fenômeno político designado pelo termo era a participação dos governados no governo, o princípio de liberdade no sentido de autodeterminação política”. Essa visada procura estabelecer uma justificação positivista da democracia (CANOTILHO, 2002, p. 287), a partir da compreensão que a mesma, minimamente, resulta de um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e quais os procedimentos à sua realização.

Tal definição primária de democracia está estabelecida na nossa Constituição Federal de 1988 que apregoa no parágrafo único, do seu artigo 1º, que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Assim, o princípio democrático afigura-se como norma jurídica constitucionalmente positivada, porque “o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo” (CANOTILHO, 2002, p.290). Seu conteúdo realiza postulados próprios de democracia representativa (por meio de representantes eleitos pelo povo¹⁵) e participativa (ou diretamente, por meio de plebiscito, referendo e lei de iniciativa popular), conforme a descrição de possibilidades do artigo 14 da Constituição Federal. Sobre esses postulados e sua ligação com o ideário democrático como sistema político registra Kelsen (2000, p. 142) que “trata-se, em ambos os casos, de um processo, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia”.

É por isso que na acepção de Ferrajoli (2009, p.35), com base em tais regras, é possível estabelecer a legitimidade da vontade popular por intermédio do pressuposto formal da democracia. Isto é, o elemento procedimental constitui-se

15 Deve ser visto que na doutrina de Friedrich Müller (2003, p. 55-79) a palavra povo tem acepções diversas, sendo que nessa parte do texto emprega-se o conceito de povo ativo como aquele que exerce participação política no Estado.

como condição mínima da experiência democrática. Todavia, esse pressuposto formal da democracia, apesar de necessário, não é sua causa suficiente. A eleição de representantes ou mesmo a participação direta na tomada de decisões coletivas pelo povo não induz necessariamente o exercício de um governo “para o povo”.

Tal afirmação só pode exprimir a ideia de que a definição de representação democrática enquanto representação por órgãos eleitos é de pouco valor, pois a eleição de órgão pelo povo não garante por si só, a existência, ou uma existência satisfatória, do Estado. (KELSEN, 2000, p.152).

Considerando que a política, tanto no momento pré como pós-eleitoral, gravita em torno da relação entre governantes e governados, certo é que como nosso sistema político é predominantemente de natureza representativa por meio do sufrágio¹⁶(ante a timidez do exercício verificado na prática da democracia semidireta), a eleição de representantes não pode de per si criar um “governo absoluto”. Nas palavras de Giovanni Sartori (1994, p.152): “Em termos sucintos, as eleições não decidem sobre políticas concretas; estabelecem, ao invés, quem vai decidir sobre elas”.

Emerge dessa aporia a necessidade de complementação e simbiose ao elemento procedimental da democracia o seu elemento substancial, traduzido na legitimidade estabelecida por intermédio da Constituição, como norma de fundamento normativo e político para regência da atividade estatal, à perseguição de determinados fins, valores e princípios, traduzidos mormente na positivação dos direitos fundamentais. “Tal como são um elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático (CANOTILHO, 2002, p.290).

Por via de consequência, uma ideia de democracia plena somente se aperfeiçoa pela intercombinação entre o postulado procedimental, que liga a legitimação do poder à observância de regras e processos, com o postulado substancial da democracia, que impele o governo constituído a pautar suas ações no sentimento constitucional que emana da Lei Fundamental e da vontade popular¹⁷, harmonizando a relação entre legitimidade e legitimação. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2004, p. 41) diz que a efetividade da Constituição depende da “cristalização de um sentimento constitucional, resultado último do entranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos”.

É exatamente nesta mediação política entre a vontade popular e a ação estatal que atuam os partidos políticos, posto que já não é possível a prática da

16 Sufrágio entendido na lição de Paulo Bonavides (2000, p. 16), como “poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania”.

17 Povo nessa parte do texto compreendido como instância de atribuição do poder soberano ao Estado (MÜLLER, 2003, p. 55-79).

participação popular democrática diretamente pelos indivíduos em sociedade de massas como a do Brasil composta por aproximadamente duzentos e sete milhões de habitantes, distribuídos em um espaço geográfico de mais de oito milhões de quilômetros. A bem da verdade, ao nosso ordenamento jurídico constitucional apregoa que a filiação a partido político é condição de elegibilidade (artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal), provocou ele a criação de uma verdadeira “partiocracia”, passando as agremiações a manterem o monopólio sobre as candidaturas para ocupação dos mandatos políticos. Segundo Canotilho (2002, p. 315–316): “a constitucionalização ou incorporação constitucional dos partidos políticos implicaria que eles deixassem de ser apenas uma realidade sociológica-política para passarem a ser entidades jurídico-constitucionalmente relevantes. O reconhecimento de relevância jurídico-constitucional de modo algum corresponde à sua estatização”.

Se não bastasse, os partidos ocupam um espaço privilegiadíssimo na práxis política, quer seja no momento pré-eleitoral quando da formação das coligações partidárias (reunião episódica entre partidos políticos para disputa do pleito realizada na forma do artigo 6º da Lei nº 9.504/1997) para a conquista do poder¹⁸, quer seja no momento pós-eleitoral na utilização do instituto da diretriz partidária no “fechamento de questão” em torno de assuntos políticos, sociais e econômicos de ordem pública, de modo a vincular a atuação legislativa de seus filiados¹⁹.

Os partidos políticos são importantes instituições na formação da vontade política. A ação política realiza-se de maneira formal e organizada, pela atuação dos partidos políticos. Eles exercem uma função de mediação entre o povo e ao Estado no processo de formação da vontade política, especialmente no que concerne ao processo eleitoral. Mas não somente essa fase ou período. O processo de formação política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período. Enquanto instituições permanentes de participação política, os partidos desempenham função singular na complexa relação entre o Estado e a sociedade. (MENDES e BRANCO, 2012, p. 794).

Não se nega que no sistema de governo presidencialista a convergência que se dá em torno do fenômeno político do “presidencialismo de coalizão” é extremamente saudável para a governabilidade do Poder Executivo²⁰, vez que na parte orgânica da Constituição são desenhadas diversas competências executivas

18 Compartilhando o horário de propaganda eleitoral gratuita na televisão e no rádio (artigo 44 e seguintes da Lei nº 9.504/1997).

19 É exatamente isso que destaca o artigo 24 da Lei nº 9.096/95, ao asseverar que: “Na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos e às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto”.

20 Fazendo-se esse recorte da macropolítica da União, mas salvaguardando-se que esse é o mesmo modo de ser do diálogo institucional Executivo-Legislativo que se irradia para as relações políticas nos Estados e Municípios.

da União²¹, que, para implementá-las, sob o prisma da legalidade administrativa estrita como sub-comando do ordenamento jurídico público (DI PIETRO, 2011, p. 64), o Poder Público deve se servir da atividade legiferante em competência privativa ou concorrente com os demais atores políticos do processo legislativo²², tudo à luz de um exercício orçamentário programado e submetido ao Congresso para aprovação²³. Isto é, em última análise, a implementação de políticas públicas pelo Executivo depende da concorrência de participação do Legislativo a partir da deliberação por quóruns variados²⁴ de apoio político ao Governo. Não existem, nessa visada, “partidos de Governo”, mas sim coalização de partidos na base de apoio a um Governo constituído.

Na eleição das políticas públicas a serem implementadas, a relação entre governantes e governados, impulsionada pelo marco característico do consentimento e consenso, é lançada numa tensão de representatividade, em que malgrado o sufrágio envolva restritamente a experiência pré-eleitoral, “os governos escolhidos por eleições que refletem as opiniões do eleitorado (...) são obrigados a se responsabilizarem (através da repetição de eleições livres) perante seus eleitores” (SARTORI, 1994, P. 126).

Contudo, já quando do momento pré-eleitoral as alianças entre partidos formadas para a conquista de mandatos dar-se-ão por fisiologismo. Como registram Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p.828-829): “no Brasil, as formações das coligações pelas agremiações políticas seguem mais uma estratégia racional de maximização do desempenho eleitoral do que uma conjunção orientada pelas relações de ideologia”.

Por via de consequência, essa característica se irradia para o momento pós-eleitoral, passando as agremiações políticas que se sagraram vencedoras no pleito em torno de uma candidatura para a chefia do executivo a alocar e colonizar espaços de cargos e funções públicas (na administração direta e principalmente na indireta), desde chefia, direção ou assessoramento (cargos em comissão previstos no artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal) às atividades comezinhas de execução do serviço público (em detrimento da regra formal de ascensão à cargo público por meio de concurso do inciso II – primeira parte, do artigo 37, da Constituição). A boa técnica e a meritocracia de seu reconhecimento, essenciais ao apoio operacional da atividade política, são substituídas pelo apadrinhamento por motivações variadas.

Esse estado de coisas acaba por propiciar um distanciamento da relação de representatividade entre o eleitor e o eleito (necessária essa aproximação por

21 Dispostas mormente nos artigos 21 e 23 da Constituição Federal de 1988.

22 Consoante a disciplina dos artigos 22 e 24 da Constituição Federal de 1988.

23 No procedimento do artigo 165 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

24 Especificado no artigo 59 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

acreditarmos que o mandato tem feição independente temperada²⁵), pelo que, na conjectura atual da política brasileira, o Poder Executivo, no seu interesse público secundário, dita a pauta deliberativa das Casas Legislativas, tendo por força da sistemática do “presidencialismo de coalizão” repetido sucesso nas suas pretensões, sejam quais forem²⁶. Na memória de Giovanni Sartori (2003, p. 76 e 80) “los gobiernos de coalición os curecema responsabilidade y ocultam tratos poco claros”, pelo que “desde este punto de vista, el juego de intercâmbios puede llegar com facilidade a los intercambios indevidos, es decidir, pagos colaterales indevidos: reparto del botín y todo tipo de oscuros favores políticos”.

O Poder Legislativo, constituído nessa sistemática, por sua vez, ininterruptamente, legisla em favor dos grupos econômicos tradicionais que financiam agora ocultamente as campanhas eleitorais²⁷ ou mesmo ao seu próprio favor²⁸,

25 Nesse sentido tomamos em consideração a lição de Giovanni Sartori (1994, p. 51):

“Se quem é eleito não é considerado um representante dos que o elegem, a eleição cria simplesmente, de per se, um governo absoluto. (...) Precisamos, portanto, de eleição e representação. Uma eleição não cria por si mesma um representante. (...) A ligação é estabelecida por uma expectativa normativa (essa é também, devido a possibilidade de demissão, uma expectativa sancionável) de receptividade e responsabilidade da pessoa eleita com o eleitorado”.

26 Os maiores escândalos de atitudes nada republicanas no Brasil na atualidade revolvem o “Mensalão”, em que era feito o pagamento contínuo de “mesada” a Parlamentares pelo Governo Federal para manutenção de sua base política de apoio no Congresso Nacional, e a “Lava Jato”, que trouxe à tona a relação promíscua entre o poder econômico dos prestadores de serviço e fornecedores à Administração, para o pagamento de “propina” a políticos em troca de contratos administrativos superfaturados e direcionados, e financiamento oculto de campanhas eleitorais.

27 Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4650 o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais por parte das pessoas jurídicas, reconhecendo a natural promiscuidade da relação do poderio econômico com as campanhas eleitorais, que, por conseguinte, vem a comprometer o exercício do mandato no futuro. Vale colher os seguintes trechos da ementa do julgado:

(...)

9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um agir estratégico destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano. 10. O telos subjacente ao art. 24, da Lei das Eleições, que elenca um rol de entidades da sociedade civil que estão proibidas de financiarem campanhas eleitorais, destina-se a bloquear a formação de relações e alianças promíscuas e não republicanas entre aludidas instituições e o Poder Público, de maneira que a não extensão desses mesmos critérios às demais pessoas jurídicas evidencia desequiparação desprovida de qualquer fundamento constitucional idôneo.

(...)

19. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei nº 9.096/95, na parte em que autoriza, a contrário sensu, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões “ou pessoa jurídica”, constante no art. 38, inciso III, e “e jurídicas”, inserta no art. 39, caput e § 5º, todos os preceitos da Lei nº 9.096/95.

(ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016)

28 Veja assim a recente discussão em torno da reforma política para a criação de um Fundo de Financiamento da Democracia com aumento da subvenção pública aos partidos políticos de aproximadamente oitocentos milhões para dois bilhões de reais, em contrapartida do breque do financiamento privado das campanhas eleitorais por pessoas jurídicas.

permitindo em todos os casos um ambiente político de colocação de questões individuais como questões de ordem pública. Tal desenho sistêmico da crise de representatividade democrática (no sistema majoritário e proporcional) tem produzido um quadro acentuado de apatia política por partes dos cidadãos.

Olhemos ao nosso redor. Nas democracias mais consolidadas assistimos imponentes ao fenômeno da apatia política, que frequentemente chega a envolver cerca da metade dos que têm direito ao voto. Do ponto de vista da cultura política, estas são pessoas que não estão orientadas nem para os output nem para o input. Estão simplesmente desinteressadas daquilo que, como se diz na Itália com uma feliz expressão, acontece no “palácio” (BOBBIO, 2002, p. 32).

O modo de ser dos partidos políticos indicado acima encontra campo fértil de viabilidade diante da compreensão malsinada em torno da concepção da autonomia partidária e do pluripartidarismo no Brasil²⁹.

Por sua vez, a Lei nº 9.096/1995, inspirada, na lógica do senso comum teórico como exposto por Jorge, Liberato e Abelha (2016, p. 166-167), nessa premissa irrestrita de liberdade partidária externa (liberdade de fundação e atuação) e interna (impossibilidade de controle ideológico-programático e sobre sua organização interna), fixou timidamente normas gerais para organização e funcionamento dos partidos políticos, ao lado da disciplina de suas finanças, contabilidade e acesso gratuito ao rádio e à televisão, descuidando de melhor explicitar a normatização procedimental em torno das deliberações internas sobre a formação de coligações e diretriz partidária, para se garantir minimamente a horizontalização do princípio democrático (a democracia de partidos postula a democracia nos partidos).

A democracia interna pressupõe entre outras exigências, a proibição do princípio do chefe, a exigência da formação da vontade a partir das bases, o direito aos membros do partido a atuação efetiva dentro do partido, o direito à liberdade de expressão, o direito à oposição, o direito à igualdade de tratamento de todos os membros (CANOTILHO, 2002, p. 318).

Logo, em vista de serem os partidos políticos, como pessoa jurídica de direito privado elencada no artigo 44, inciso V, do Código Civil, dotados de autonomia e liberdade nessa visada, regidos então substancialmente apenas pela norma interna de seus respectivos estatutos, os atos praticados em seu interior são erigidos como “atos interna corporis”, então insuscetíveis de controle jurisdicional (em tangenciamento da garantia fundamental da inafastabilidade da

29 Impulsionada essa compreensão ao início de tudo pelo sufocamento político que vivenciaram os partidos políticos e o Legislativo durante o período ditatorial que vigorou no Brasil imediatamente anterior à promulgação da Constituição de 1988. Assim, a Constituição Federal apenas e tão somente em seu artigo 17 tratou dos partidos políticos.

jurisdição prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição), quer seja por força da irregular formação de coligações partidárias ou mesmo no momento da fixação de diretriz partidária ilícita³⁰. Esse contrassenso que permite a falta de democracia interna no âmbito das agremiações lança o poder da sua direção nas mãos de um grupo seletivo de “caciques”, que promovem despoticamente as deliberações “a portas fechadas”, pactuando “acordos inconfessáveis”. O coronelismo³¹ ainda persiste na vida partidária no Brasil, como que um culto ao “personalismo”³². É por isso que, como afirma Pedra (2012, p. 160), “a democracia estritamente representativa não vem encontrando mais legitimidade no Estado contemporâneo, mormente no Brasil”.

Há, em verdade, aqui, uma verdadeira violação à “proibição de insuficiência”³³ de defesa do regime democrático no âmbito dos partidos, já que “a função de mediação e de formação da vontade impõe que o partido assegure plena participação a seus membros no processo decisório” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 800), provocando um “estado de coisas inconstitucional”³⁴ permanente.

Por tais razões urge que seja realizada intervenção legislativa infraconstitucional (ou reforma política), a partir da compreensão de uma “nova conformação

30 Representando o dogma da jurisprudência nacional, citamos um julgado do Tribunal Superior Eleitoral: AGRAVO REGIMENTAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DE SECRETÁRIA NACIONAL DE PARTIDO. MATÉRIA INTERNA CORPORIS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS.

1. Não compete ao TSE processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de Secretária Nacional de partido, por não se inserir nas hipóteses elencadas nos arts. 21, VI, da LC nº 35/79 e 22, I, e, do Código Eleitoral.

2. Não cabe a atuação da Justiça Eleitoral em relação a atos interna corporis dos partidos, que não tenham reflexo no processo eleitoral. Precedentes.

3. A teor da Súmula nº 182/STJ, não tem condições de êxito o agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Mandado de Segurança nº 19185, Acórdão, Relator(a) Min. José Antônio Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 215, Data 11/11/2013, Página 50)

31 A respeito da evolução histórica presente do coronelismo na política ver o livro de Victor Nunes Leal (1949, p. 20-51).

32 Todo esse contexto dos vícios do sistema partidário brasileiro é bem desenhado por José Jairo Gomes (2016, p. 139-140).

33 Na inteligência de José Paulo Baltazar Júnior (2015, p. 77) “os direitos fundamentais passam a ostentar uma função complementar, de assegurar a proteção de bens jurídicos de direito fundamental contra agressões de terceiros não-estatais, por meio da tomada de medidas legislativas e operacionais, em casos nos quais a omissão do legislador tem praticamente a mesma qualidade de uma intervenção indevida”.

34 A expressão surgiu no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, a partir da constatação de que o “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como estado de coisas inconstitucional”.

da autonomia partidária” pela mutação constitucional que sofreu seu sentido e alcance para a proteção do princípio democrático no âmbito das agremiações, como por exemplo: a) no período pré-eleitoral, ser proibida a atuação permanente de comissões provisórias que sucedem a dissolução de diretórios municipais ou estaduais regularmente constituídos dos partidos políticos a partir de uma atitude despótica dos órgãos de direção partidária de nível superior no afã de salvaguardar suas conveniências políticas nas eleições³⁵; b) no período pós-eleitoral, ainda que com a marca da linguagem do “conceito jurídico indeterminado”, ser positivado o sentido e alcance do instituto da diretriz partidária, formulando procedimento minimamente democrático para a sua produção³⁶. Somente assim, como que nas palavras de Sartori (1994, p. 51-52), é que se desenvolverá uma “consolidação estrutural” na sua organização e funcionamento. Esse incremento na conformação do modo de ser dos partidos políticos é recomendável pela própria natureza jurídica *sui generis* de feição privada e pública das agremiações³⁷. Na lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 799):

Embora se afirme o caráter privado do partido sob a Constituição de 1988, é certo que o seu papel, enquanto instituição que exerce relevante função de mediação entre o povo e o Estado, confere-lhe características especiais e diferenciadas, que não se deixam confundir com uma simples instituição privada. Daí ressaltar-se que o partido é dotado de natureza complexa, que transita entre a esfera puramente privada e a própria esfera pública.

A remodelação da autonomia partidária deve vir acompanhada da ruptura do paradigma atual em torno do “pluripartidarismo desenfreado” que vige no país. Cada um não pode ter um partido para ser “chamado de seu”. Hoje no Brasil, consoante dados do Tribunal Superior Eleitoral, constam trinta e três siglas registradas na Justiça Eleitoral³⁸ e mais outras dezenas em processo de registro. Esse quadro de quantidade estratosférica de partidos não combina com o multiculturalismo de nossa sociedade, mesmo que seja de conhecimento que no Brasil vivemos em uma sociedade plural, já que multiculturalismo não se confunde com pluripartidarismo. Bem explica a assertiva Maurice Duverger:

35 Frisamos que nada diz a esse respeito o artigo 6º da Lei nº 9.504/97.

36 O artigo 25 da Lei nº 9.096/95 remete integralmente essa disciplina ao conteúdo de cada partido político.

37 Na lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 799): “Embora se afirme o caráter privado do partido sob a Constituição de 1988, é certo que o seu papel, enquanto instituição que exerce relevante função de mediação entre o povo e o Estado, confere-lhe características especiais e diferenciadas, que não se deixam confundir com uma simples instituição privada. Daí ressaltar-se que o partido é dotado de natureza complexa, que transita entre a esfera puramente privada e a própria esfera pública”.

38 Os partidos políticos mesmo sendo pessoa jurídica de direito privado demandam aprovação de seu registro perante a justiça eleitoral nos termos do artigo 7º da Lei nº 9.096/1995.

Um país em que a opinião se divide em grupos numerosos, porém instáveis, efêmeros, fluidos, não corresponde à noção verdadeira de multipartidarismo: situa-se na pré-história partidária; coloca-se em uma fase da evolução geral em que a distinção do bipartidarismo e do multipartidarismo ainda não se aplica, porque ainda não existem partidos verdadeiros (DUVERGER, 1970, p. 263-264).

Ademais, não há diferença ideológica-programática substancial definida no conteúdo dos estatutos desse emaranhado de partidos que existem. A rigor, as ideologias que se apresentam têm estreita aproximação de identidade. Identificando essa indiferenciação e sua relação interna com seus filiados, registrou Bolívar Lamounier:

Numa estrutura desse tipo, os requisitos da sobrevivência político-eleitoral chocam-se frequentemente com a lealdade a opções propriamente partidárias ideológicas, estimulando um padrão de comportamento maleável por parte dos políticos - na realidade, um oportunismo preventivo, cuja exigência fundamental é uma legislação eleitoral e partidária permissiva, compatível com a incessante maximização da flexibilidade prática (LAMOUNIER, 1989, p. 22).

Como então um grupo pluralista compreende “cualquier asociacion de hombres que, conscientes de sus intereses comunes, se han unido de forma organizada” (LOEWENSTEIN, 1982, P. 425), não havendo essa pluralidade de opinião sobre a qual gravita a reunião para a formação de “partidos de interesse”, não existe legitimidade democrática nesse status quo.

O efeito colateral imediato ao necessário combate ao “pluripartidarismo desenfreado” é a diminuição da quantidade de partidos políticos no Brasil. Não há nada de antidemocrático nessa visada. Isso pois, como denuncia Gomes (2016, p. 139), a maioria esmagadora dessas agremiações é composta de “partidos de aluguel”, porque têm “diminuta expressão no contexto sociopolítico” e “não passam de oligarquias a serviço de uma ou outra personalidade”.

Por isso é que são saudáveis as iniciativas de fixação de “cláusulas de barreira (ou de desempenho)”³⁹ à própria sobrevivência dos partidos que não alcancem

39 Entendidas como constitucionais pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI NACIONAL N. 13.107, DE 24 DE MAÇO DE 2015. ALTERAÇÃO DA LEI DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DA LEI ELEITORAL (LEI 9.096/1995 E 9.504/1997). NOVAS CONDIÇÕES LEGAIS PARA CRIAÇÃO, FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS. APOIO DE ELEITORES NÃO FILIADOS E PRAZO MÍNIMO DE CINCO ANOS DE EXISTÊNCIA DOS PARTIDOS. FORTALECIMENTO DO MODELO REPRESENTATIVO E DENSIFICAÇÃO DO PLURIPARTIDARISMO. FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. 1. A Constituição da República assegura a livre criação, fusão e incorporação de partidos políticos. Liberdade não é absoluta, condicionando-se aos princípios do sistema democrático-representativo e do pluripartidarismo. 2. São constitucionais as normas que fortalecem o controle quantitativo e qualitativo dos partidos, sem afronta ao princípio da igualdade ou qualquer ingerência em seu funcionamento interno. 3. O requisito constitucional do caráter nacional dos partidos políticos objetiva impedir a proliferação de agremiações sem expressão

um determinado resultado nas eleições, implicando não automaticamente na sua extinção, mas sim na restrição à utilização do horário gratuito para propaganda na televisão e no rádio, e diminuição no direito de recebimento do financiamento público oriundo do fundo partidário, conforme recentes implementações introduzidas pela mini reforma eleitoral empreendida pela Lei nº 13.165/2015, que no artigo 41-A da Lei nº 9.096/95 indicou que a distribuição do fundo partidário se realiza com o compartilhamento igualitário de cinco por cento de seu total entre todas as agremiações, pelo que o valor predominante é rateado “na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados”, e pela Emenda Constitucional nº 97/2017, que fixou que o tempo de televisão e rádio somente é concedido aos partidos que tiverem eleito um parlamentar na Câmara dos Deputados, sendo aumentado progressivamente o tempo de propaganda de acordo com a bancada eleita pela agremiação. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade (artigo 5º da Constituição Federal) a se irradiar entre os partidos políticos deve tomar em consideração o desempenho eleitoral individual e a significação do partido que esse produz no cenário político.

A aplicação de “cláusulas de barreira” atualmente já veio acompanhada do fim do mal causado pelas coligações nas eleições proporcionais⁴⁰, que provocam um virtual reflexo sobre a preferência do eleitorado, já que pelo sistema do quociente eleitoral ditado pelo artigo 106 do Código Eleitoral, a transformação do voto em mandato dar-se-á a partir de uma fórmula que divide o número de votos válidos outorgados na eleição pelo número de vagas em disputa, contando-se para a reunião de partidos todos os votos dados aos seus candidatos e à própria agremiação, sendo eleitos aqueles que individualmente tiverem o melhor desempenho. Destarte, essa transferência de votos entre partidos, além de não proteger as minorias políticas, porque “em vez de funcionarem como um genuíno mecanismo de estratégia racional dos partidos minoritários para alcançarem o quociente eleitoral, acabam transformando esses partidos de menor expressão em legendas de aluguel” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 830-831), permite a eleição de candidatos filiados a legendas inexpressivas que naturalmente não teriam representatividade. Por isso é que já era louvável a alteração posta pela Lei nº 13.165/2015 no artigo 108 do Código Eleitoral que passou a estabelecer a exigência de obtenção de dez por cento do quociente eleitoral para proclamação de vitória do candidato integrante de um partido e coligação.

Destarte, somente um processo de fortalecimento dos partidos políticos pelo redesenho da autonomia partidária e pelo combate ao multipartidarismo indiscriminadamente proliferado no Brasil é que resgatará o papel de importância política

política, que podem atuar como “legendas de aluguel”, fraudando a representação, base do regime democrático. 4. Medida cautelar indeferida.

(ADI 5311 MC, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016)

40 Artigo 2º da Emenda Constitucional nº 97/2017.

das agremiações. Doravante, passarão os partidos a exercerem sua vocação de “Ágora moderna”. Ou seja, como “organizações aglutinadoras dos interesses e mundividências de certas classes e grupos sociais impulsionadores da formação da vontade popular” (CANOTILHO, 2002, p. 316). Esse predicado se afirma, já que antes de tudo, “es evidente, que los partidos políticos son indispensables e nel proceso del poder tanto em la democracia constitucional” (LOEWENSTEIN, 1982, p. 443).

Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central (autonomia que os indivíduos singulares perderam ou só tiveram num modelo ideal de governo democrático sempre desmentido pelos fatos. (BOBBIO, 2002, p. 22).

4. CONCLUSÃO.

Zygmunt Bauman, em seu ensaio “Em Busca da Política”, destaca que as sociedades ocidentais, moldadas com base no capitalismo, se desenvolveram em um contexto multicultural composto de identidades diversas, contudo sob um panorama ideológico de pretensa homogeneização e universalização. Tal fator, aliado à amplificação da comunicação, conduziu ao crescimento das relações impessoais entre os indivíduos, formando grupos fragmentados de interesses. É certo que, na pós-modernidade, com o fenômeno da sociedade de massas, a formação da opinião pública é germinada pelos detentores do saber, disseminada pelos meios de comunicação, e assimilada pela “massa colorida” como grupos aglutinados em torno de ideias. Destarte, na arena política a luta por reconhecimento implica na formação de “partidos de interesse”.

Considerando que o poder do Estado emana do poder soberano do povo, como não é possível realizar a democracia direta, a democracia representativa afigura-se como a opção mais adequada de promoção do princípio democrático. E é exatamente na mediação política entre a vontade popular e a ação estatal que atuam os partidos políticos. Todavia, a práxis política tem relevado que o consentimento e consenso estabelecido nas Eleições não se irradia para o momento pós-eleitoral, uma vez que como as alianças pré-eleitorais, pactuadas por meio das coligações para a conquista do poder, dar-se-ão por fisiologismo, imprime-se no momento pós-eleitoral a formação de um “Governo de coalização”, na construção de um ambiente de governabilidade artificial pelo loteamento de espaços entre os “aliados”.

Esse estado das coisas atual, que permite a alocação de interesses privados no rótulo de interesses públicos, implica no quebrantamento da relação de responsabilidade entre governantes e governados, provocando uma profunda crise no sistema representativo, cuja característica principal é a apatia política dos cidadãos.

O modo de ser dos partidos políticos indicado encontra campo fértil de viabilidade diante da compreensão malsinada em torno da autonomia partidária e do pluripartidarismo no Brasil, dado que a Constituição Federal outorgou uma excessiva liberdade às agremiações, tanto na sua fundação como na sua organização interna, entregando, da mesma forma, generosa subvenção pública à sua manutenção e desenvolvimento, pelo acesso, respectivamente, aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo gratuito de televisão e rádio. A maioria dos partidos registrado na Justiça Eleitoral, porque não apresentam quase nenhuma diferença ideológica-programática em seus Estatutos, servem de “legendas de aluguel” à caciques políticos tarimbados.

Por tais razões, urge que seja realizada a reforma política nesse aspecto, para que seja positivado um maior controle procedimental sobre o exercício da autonomia partidária, quer seja quando da pactuação de coligações ou quando da emissão de “diretriz partidária” a serem seguidas nas Casas Legislativas, e criação de “cláusulas de barreira”, que estabeleçam a necessidade de um determinado desempenho eleitoral para manutenção das condições de existência da agremiação, brecando o pluripartidarismo desenfreado.

5. REFERÊNCIAS.

BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. Em Busca da Política. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BOBBIO, Norbert. O futuro da democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Código Eleitoral. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 97/2017. 2017. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei nº 9.096/1995. Brasília. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.165/2015. Brasília. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Mandado de Segurança nº 19185, Acórdão, Relator(a) Min. José Antônio Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 215, Data 11/11/2013, Página 50.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5311 MC, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DUVERGER, Maurice. Os partidos políticos. Trad. Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FERRAJOLI, Luigi. Paradigmas de la democracia constitucional. Buenos Aires: Ediar, 2009.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

JORGE, Flávio Cheim, LIBERATO, Ludgero e RODRIGUES, Marcelo Abelha. Curso de Direito Eleitoral. Salvador: JusPodium, 2016.

KELSEN, Hans. A democracia. Trad. Ivone Castilho Benedetti. Jefferson Luiz Camargo. Marcelo Brandão Cipolla. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAMOUNIER, Bolívar. Partidos e utopias: o Brasil no limiar dos anos 90. São Paulo: Loyola, 1989.

LEAL, Victor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1982.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta. Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

_____. Teoría de la democracia: los problemas clásicos. Trad. Santiago Sánchez González. Madri: Alianza, 2000.

SLOTERDIJK, Peter. O desprezo das massas: ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna. Trad. Claudia Cavalcanti. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.

2

PRÉ-CAMPANHA E A CRISE NO PARADIGMA DA PROPAGANDA ELEITORAL

**Arthur Luis Mendonça Rollo⁴¹.
Helio Deivid Amorim Maldonado.**

1. INTRODUÇÃO.

No encaicho da defesa da paridade entre os concorrentes (artigo 5º da Constituição)⁴² e da normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do abuso de poder (artigo 14, §9º, da Constituição)⁴³, servindo ditos princípios constitucionais de inspiração normogenética sobre o ordenamento jurídico eleitoral, o microsistema eleitoral, composto pela Constituição, Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95) e Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) formaliza um vasto e minucioso arcabouço normativo

41 Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Professor de Direito Eleitoral nos cursos de pós-graduação da Escola Paulista de Direito – EPD, da Escola Judiciária do TRE-SP e do Instituto Damásio da Faculdade IBMEC. Palestrante convidado por diversos Tribunais Regionais Eleitorais. Autor de livros e artigos de direito eleitoral. Advogado na área eleitoral há mais de 22 anos. Ex-Secretário Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Professor titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

42 Na inteligência de Marlon Reis (2012, p. 86), “o princípio da igualdade dá fundamento constitucional a uma série de disposições legais”.

43 A esse respeito é a doutrina de José Jairo Gomes (2016, p. 70):
Hodiernamente, dúvida não há de que a legitimidade do exercício do poder estatal por parte de autoridades públicas decorre da escolha levada a cabo pelo povo. Em uma sociedade verdadeiramente democrática, os governados é quem elegem seus governantes, reconhecendo-os como autoridades investidas de poder político. Essa escolha deve ser feita em processo pautado por uma disputa limpa, isenta de vícios, corrupção ou fraude.

sobre a propaganda política⁴⁴, subdividindo-a em: a) propaganda partidária⁴⁵; b) propaganda intrapartidária⁴⁶; c) propaganda eleitoral em sentido restrito⁴⁷.

Isto pois, no curso do processo eleitoral⁴⁸, iniciado com o alistamento⁴⁹, voltado à habilitação dos eleitores para o pleito, e seguido das demais fases de escolha de candidatos pelas agremiações políticas⁵⁰, registro das respectivas candidaturas⁵¹, e propaganda eleitoral⁵², tudo tendente à realização das eleições, apuração dos resultados, proclamação dos eleitos e suas respectivas diplomações⁵³, a propaganda eleitoral assume papel de destaque. Nesse sentido é a percepção de José Jairo Gomes (2016, p. 405):

A propaganda eleitoral é instrumento indispensável, de importância primordial, em qualquer campanha. Sem ela é praticamente impossível alcançar vitória no certame eleitoral. É pela propaganda que o político torna pública sua candidatura, levando ao conhecimento do eleitorado os projetos que defende (e os que repudia), bem como as ações que pretende implementar; com isso, sua imagem, suas ideias e propostas adquirem grande visibilidade perante o eleitorado.

Todavia, segundo Coura (2018, p. 181), o ordenamento jurídico eleitoral nunca convencionou em seu conteúdo positivo o conceito de propaganda eleitoral, cabendo então à jurisprudência e à doutrina, como fontes integrativas do Direito, sua apresentação. Por todos os pretórios vale citar precedente jurisprudencial⁵⁴

-
- 44 Conforme a lição de Newton Lins (2006, p. 39) “acaba-se por denominar comumente de propaganda eleitoral todas essas publicidades que guardam em seu núcleo um caráter político”.
- 45 Artigos 45 a 49 da Lei nº 9.096/95, regulamentando o “direito de antena” consagrado pelo artigo 17, §3º, da Constituição, vocacionada à difusão das ideias e programas de atuação de uma determinada agremiação política.
- 46 Artigo 36, §1º, da Lei nº 9.504/97, como propaganda interna voltada às convenções partidárias, momento de escolha pelos partidos de seus candidatos.
- 47 Artigos 240 a 256 do Código Eleitoral e artigos 36 *usque* 58-A da Lei nº 9.504/97.
- 48 Na exegese do artigo 16 da Constituição Federal, que positiva o princípio da anualidade da lei eleitoral, o Supremo Tribunal Federal, em referência às Eleições de 2010, ano de edição da Lei Complementar nº. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), entendeu, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 633703, que a expressão processo eleitoral é encarada em sentido jurídico material, relaciona ao conjunto de atos jurídicos eleitorais que se sucedem no tempo e no espaço numa cadeia sucessivamente dependente.
- 49 Disciplinado no artigo 42 ao 51 do Código Eleitoral, poder-dever do indivíduo conforme a ressalva do artigo 14, §1º, inciso I, da Constituição de 1988.
- 50 Pelas convenções partidárias registradas nos artigos 7º a 9º da Lei nº 9.504/97.
- 51 Na programação dos artigos 10 a 16-B da Lei nº 9.504/97.
- 52 Cujos limites de realização encontram-se disciplinados pelos artigos 36 a 58-B da Lei nº 9.504/97.
- 53 No caminho das incumbências administrativas da Justiça Eleitoral previstas nos artigos 135 a 218 da Lei nº 4.737/65.
- 54 Vigente seu dogma, diga-se de passagem, por aproximadamente duas décadas.

tradicional do Tribunal Superior Eleitoral (responsável pela exegese eleitoral, nos termos do artigo 121, §4º, incisos I e II, da Constituição), sempre entoadado pelos Tribunais sobrepostos, no sentido de que:

Entende-se como ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública.

(Recurso Especial Eleitoral nº 16183, Acórdão de 17/02/2000, Relator(a) Min. José Eduardo Rangel De Alckmin, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 31/03/2000, Página 126)

Nesse ínterim, conceitualmente, a propaganda eleitoral é o meio que torna os candidatos conhecidos perante o eleitorado em uma sociedade de massa. Ela visa, a partir da divulgação de ideias e programas dos candidatos, partidos, e coligações, angariar o voto dos eleitores. Conforme dito por Arthur Luis Mendonça Rollo (2020, p. 96): “Divulgar amplamente as ideias dos candidatos, partidos e coligações é medida fundamental para assegurar a democracia, estabelecida pelo art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal”. Nesse diapasão, levar amplamente ao conhecimento dos eleitores as candidaturas é garantia da liberdade de escolha no sufrágio, que permite a comparação entre os concorrentes para escolher aquele reputado mais apto.

Mostra-se, ainda, importante também na práxis eleitoral, para a definição de propaganda eleitoral, seu critério temporal (MENDES, 2017, p. 31-33), posto que repetido está tanto no artigo 240 do Código Eleitoral, como no artigo 36 da Lei das Eleições, que a “propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição”⁵⁵.

Dessa forma, assentou-se a compreensão no sentido de que a propaganda eleitoral era aquela que passava a impressão de que o postulante era o mais apto para o exercício da função em disputa, pela divulgação de seus méritos profissionais e qualidades pessoais. A presença conjunta desses elementos, em mensagens difundidas por qualquer meio antes do período permitido de propaganda eleitoral, configurava a propaganda extemporânea⁵⁶, susceptível ao sancionamento a rigor por multa⁵⁷, ou mesmo cassação de registro, diploma ou mandato, e imposição de inelegibilidade, quando ostensivamente praticada e assim erigida a qualquer das

55 Cumpra destacar que até a edição da Lei nº 13.165/2015, com a redação original da Lei nº 9.504/97, o período do processo eleitoral se iniciava em 05 de julho.

56 TSE, Representação nº 1406, Acórdão de 06/04/2010, Relator(a) Min. Joelson Costa Dias, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 10/05/2010, Página 28.

57 Multa pecuniária do artigo 36, §3º, da Lei nº 9.504/97, cuja ação correspondente é a Representação Eleitoral do artigo 96 da mesma Norma.

formas de abuso⁵⁸. Em resumo desse asserto é a lição de Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2016, p. 231): “A propaganda eleitoral extemporânea resta configurada quando é levada ao conhecimento geral, ainda que de forma simulada, referência à pretensa candidatura e/ou pedido de voto, ou quando evidenciado o esforço antecipado de influenciar eleitores”.

Ocorre que, com o advento do artigo 36-A introduzido na Lei nº 9.504/97 pela minirreforma eleitoral empreendida pela Lei nº 13.165/2015, o legislador criou o instituto jurídico da “pré-campanha”, listando um rol exemplificativo de hipóteses fenomênicas que não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto. Colhe-se de seu conteúdo:

Artigo 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via internet:

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais;

III - a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos;

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral.

58 Abuso de poder perquirido através da Investigação Judicial Eleitoral do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90.

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;

V - a manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais.

V - a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;

VI - a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias.

VII - campanha de arrecadação prévia de recursos na modalidade prevista no inciso IV do § 4º do artigo 23 desta Lei.

Atentos à máxima de que “uma palavra do legislador derruba mil bibliotecas”, observam JORGE, LIBERATO e RODRIGUES (2016, p. 294) que “com isso, o legislador confrontou-se, mais uma vez, com a jurisprudência do TSE. Isso porque para a máxima da Corte Eleitoral, a menção à pretensa candidatura ou a menção à plataforma e projetos políticos eram requisitos configuradores da propaganda antecipada”.

Assim sendo, os conceitos e princípios vigentes sobre a propaganda eleitoral, conceitualmente enraizados na jurisprudência e na doutrina eleitoral, não mais se subsumem aos atos de pré-campanha. Nas palavras de José Jairo Gomes: “Tão extensas se afiguram as hipóteses arroladas nesse artigo (especialmente as do *caput*, dos incisos I, V, e do §2º), que praticamente resta esmaecido o rigor das restrições impostas pelo artigo 36 à propaganda extemporânea”. Vale dizer: o legislador tornou o período pré-eleitoral mais permissivo, excepcionando condutas que passaram a ser consideradas mero proselitismo político, ou seja, algo trivial da vida política.

Exemplificamente, agora a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, repetidamente, quase que parafraseando o texto da Lei, passou a intuir que:

Na linha da jurisprudência do TSE, com a nova redação do art. 36-A da Lei 9.504/97 dada pela Lei 13.165/2015, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos - que poderão ter cobertura dos meios de comunicação, inclusive da internet -, desde que não haja pedido expresso de voto, não configuram propaganda antecipada.

(Recurso Especial Eleitoral nº 31056, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 37, Data 22/02/2018, Página 119)

Nessa visada, o elemento característico único de identificação da propaganda eleitoral, e, por conseguinte seu marco de propaganda extemporânea, passou a

ser na exegese legal o “pedido explícito de voto”, exorcizando-se nessa interpretação a tomada de consideração sobre seus outros elementos essenciais de identificação, denotativos implicitamente⁵⁹ da propaganda, assim enumerados conceitualmente por Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 294): “a divulgação, ainda que de forma dissimuladas, da candidatura; a ação política que se pretende desenvolver; as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto à função pública; ou, a referência, ainda que indireta, ao pleito”.

2. A ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS DE THOMAS KUHN E A IDENTIFICAÇÃO DE CRISE NO PARADIGMA DA PROPAGANDA ELEITORAL.

Thomas Kuhn em 1962 publicou sua obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”, promovendo uma historiografia da história da ciência, para desenharmos o caminho de seu surgimento e desenvolvimento. Na observação de Silvio Seno Chibeni (2004, p. 1):

Kuhn começou sua carreira acadêmica como físico teórico, interessando-se depois por história da ciência. Ao longo das importantes investigações que empreendeu acerca das teorias científicas passadas, realizadas segundo uma nova perspectiva historiográfica, que procura compreender uma teoria a partir do contexto de sua época, e não do ponto de vista da ciência de hoje, Kuhn se deu conta de que a concepção de ciência tradicional não se ajustava ao modo pelo qual a ciência real nasce e se desenvolve ao longo do tempo. Essa percepção da inadequação histórica das ideias usuais sobre a natureza da ciência o conduziu, finalmente, à filosofia da ciência.

Para tanto Kuhn elaborou o conceito de “paradigma”, uma ontologia tácita e consensualmente compartilhada em uma dada comunidade científica a respeito do modo de fazer sua ciência. Materialmente, o paradigma é plasmado em “princípios teóricos fundamentais, que especificam as leis gerais que regem o comportamento dessas coisas; princípios teóricos auxiliares, que estabelecem sua conexão com os fenômenos e as ligações com as teorias” (CHIBENI, 2004, p. 2). Logo, nessa visada de identificação, o trabalho primordial da ciência é conceitual, oferecendo o paradigma “os fundamentos sobre os quais a comunidade científica desenvolve suas atividades” (CHIBENI, 2004, p. 2).

Nesse diapasão, ao curso da vigência do paradigma, o desenvolvimento da ciência é acumulativo, servindo o conhecimento antecedente como mapa de solução do quebra-cabeça “contínuo enquanto houver uma profusão de coisas a fazer, problemas abertos que levam à pesquisa utilizando métodos (leis,

59 Concluindo desse modo Marcus Vinicius Furtado Coêlho (2016, p. 234) que “não há impedimento à propaganda eleitoral implícita”.

instrumentos, etc.) reconhecidos pela tradição” (KUHN, 2013, p. 28). Ou seja, o paradigma é suficiente à resposta dos problemas cotidianos. Vivencia-se assim uma fase de “ciência normal”. Na leitura de Chibeni (2004, p. 2) “enquanto o mapa paradigmático estiver se mostrando frutífero, e não surgirem embaraços sérios no ajuste empírico da teoria, o cientista deve persistir tenazmente no seu compromisso com o paradigma”.

Todavia, quando o paradigma não é mais suficiente à solução do quebra-cabeça da ciência surgem as anomalias, que “são contrárias às regularidades do tipo leis, e, de modo mais geral, contrárias às expectativas” (KUHN, 2013, p. 32). Diante da multiplicação das anomalias sobre o conteúdo vital do paradigma, instaura-se um processo de “crise na ciência”. Então, simultânea e sucessivamente, surgem novos conteúdos teóricos (pré-paradigma), que somente quando unânimes promoverem uma “revolução” pela mudança de paradigma. Na conclusão de Rafael Cordeiro Silva sobre a “crise na ciência” em Kuhn (1998, p. 267):

Por conseguinte, a crise é, num primeiro momento, crise pessoal dos cientistas, de cunho psicológico, e não crise na ciência a qual os cientistas se dedicam. Todas as convicções e visões de mundo alimentadas pela comunidade e materializadas no paradigma se desvanecem.

(...)

A crise sai do âmbito psicológico e passa a se constituir em crise na ciência propriamente dita quando todas as tentativas para superar as anomalias fracassam e o paradigma não mais proporciona soluções aos problemas surgidos. Este é o último passo para a revolução científica, que leva à mudança de paradigma e se processa de tempos em tempos. As revoluções científicas, são, essencialmente, mudança de visão de mundo, disso resultando mudanças de teorias.

Por isso é que Kuhn (2013, p. 42) identifica o “progresso” através da revolução, pois a mesma “progredir para longe das compreensões prévias de mundo. (...) É progresso que se afasta de algo que outrora funcionava bem, mas não mais manipulava com competência seus próprios problemas”.

Não havendo possibilidade, outrossim, pela “incomensurabilidade”, de comparação valorativa entre paradigmas sucessivos, posto que a ideia de cumulatividade do conhecimento na ciência é própria da vigência do paradigma, que, uma vez submetido à crise decorrente das anomalias, é pela revolução substituído por um novo paradigma, com novos princípios e conceitos de regência sobre o modo de fazer ciência de uma dada comunidade científica. É um reinício incomensurável.

Essa constatação de Kuhn se aplica totalmente à questão da pré-campanha eleitoral implementada pela Lei nº 13.165/2015, que introduziu o artigo 36-A na Lei nº 9.504/97. Numa apertada síntese, malgrado a campanha eleitoral propriamente

dita se iniciar em 15 de agosto do ano eleitoral⁶⁰, antes disso é possível que candidatos, ainda que não formalmente registrados perante a Justiça Eleitoral⁶¹, se declarem assim e passem a praticar atos próprios de campanha na pretensão da captação lícita do apoio do eleitorado, sendo proibido apenas o pedido explícito de voto. Sobre essa nova perspectiva é a doutrina de Gomes (2016, p. 493):

À luz do transcrito do art. 36-A, caput, no período anterior a 16 de agosto do ano das eleições, não há óbice à “menção à pretensa candidatura”, tampouco “à exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos”. E mais: nos termos do inciso I, não é vedada a participação de filiados a partidos e pré-candidatos “em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na Internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos”. Também são permitidos “o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver (§2º). Quanto ao “pedido de voto”, a vedação constante do caput do art. 36-A abrange apenas as que ocorrer de forma explícita, não, porém, a que se dá de forma implícita, subjacente à comunicação.

Isto é, se pelo atual estado de compreensão conceitual da propaganda eleitoral essa “caracterize-se por levar ao conhecimento público, ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada, candidatura ou os motivos que induzam à conclusão de que o beneficiário é o mais apto para o cargo em disputa” (GOMES, 2016, p. 482), os atos de pré-campanha, verdadeiramente, não se subsumem aos próprios princípios e conceitos ontologicamente postos de “propaganda eleitoral”.

Em resumo dessa distonia, a própria jurisprudência eleitoral passou a emendar esse discriminem:

Com o advento da Lei 13.165/2015 e a conseqüente alteração sucedida no âmbito do art. 36-A da Lei das Eleições, bem como até mesmo já considerando a evolução jurisprudencial do tema, a configuração da infração ao art. 36 da Lei 9.504/97, em face de fatos relacionados à propaganda tida por implícita, ficou substancialmente mitigada, ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I, da Lei 9.504/97).

(TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 9365, Acórdão, Relator(a) Min. ADMAR GONZAGA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 175, Data 11/09/2017, Página 24)

Logo, com essa mudança legislativa, permitindo aquilo que era

60 Artigo 36 da Lei das Eleições.

61 O registro de candidatura é fato jurídico constitutivo da elegibilidade, por decisão de natureza declaratória da Justiça Eleitoral.

implacavelmente proibido pela Justiça Eleitoral⁶², o atual paradigma da “propaganda eleitoral” não é mais suficiente à solução dos problemas em torno da pré-campanha, e, por conseguinte, do próprio entendimento sobre a propaganda eleitoral.

Por exemplo, em referência às Eleições de 2016 – primeiro pleito de vigência do artigo 36-A da Lei das Eleições, o Tribunal Superior Eleitoral, a partir do conceito de pré-campanha, concluiu pela legalidade, apesar de vedação legal ordinária, da: a) pré-campanha por meio de propaganda paga na internet⁶³ (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 2043, Acórdão, Relator(a) Min. ROSA WEBER, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 47, Data 08/03/2018, Página 26-27); b) pré-campanha por meio de propaganda intrapartidária⁶⁴ (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 3257, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 21/02/2018); c) pré-campanha por meio de showmício⁶⁵ (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 25603, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 08/03/2018, Página 27-28) d) pré-campanha por meio de outdoor⁶⁶ (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 621, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 29/09/2017).

Assim sendo, o instituto da pré-campanha deflagrou inconscientemente uma “crise na ciência” do direito eleitoral, urgindo a necessidade de “revolução” por meio do nascimento de um novo “paradigma” sobre a campanha eleitoral (MENDES, 2017, p. 37).

3. INSUFICIÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO DE HANS KELSEN À SOLUÇÃO DA CRISE DA PROPAGANDA ELEITORAL.

Conforme anuncia Pedro Demo (1995, p. 139) “sempre foi expectativa diante da ciência de que sua utilidade para o homem está sobretudo na possibilidade de fornecer elementos prognósticos de planejamento da realidade, para que esta se amolde à manipulação humana”. Nesse diapasão, no âmbito da teoria do conhecimento a sua origem remonta ao embate entre o racionalismo e o empirismo. Assim anunciam Moser, Mulder e Trout (2011, p. 111):

62 Notícia Mendes que “a consequência de tamanho ativismo judicial no tema da propaganda eleitoral antecipa era reservar qualquer debate sobre a política e as eleições para o antigo período de apenas três meses antes do pleito” (2017, p. 35).

63 Apesar da vedação do art. 57-C da Lei nº 9.504/97.

64 Apesar da vedação do art. 36, §1º, da Lei nº 9.504/97.

65 Apesar da vedação do art. 39, §7º, da Lei nº 9.504/97.

66 Apesar da vedação do art. 39, §8º, da Lei nº 9.504/97.

No decorrer da história, os filósofos adotaram sempre uma combinação de duas correntes de pensamento: o racionalismo e o empirismo. Essas correntes resistem a uma caracterização simples, mas seus traços extremos e mais opostos poder ser expressos, grosso modo, como segue: segundo o racionalismo, a razão não empírica é a fonte de todo o conhecimento, ao passo que, segundo o empirismo, a fonte de todo conhecimento é a experiência sensorial.

O racionalismo “enxerga no pensamento, na razão, a principal fonte do conhecimento humano” (HESSEN, 2012, p. 48), sendo que “um conhecimento só merece realmente esse nome se for necessário e tiver validade universal” (HESSEN, 2012, p. 48). Por via de consequência, esses juízos provindos da razão exigem necessidade lógica, pois não contém um conteúdo descritivo analítico da realidade e sim sintético de conceituações prescritivas extraídas da mente humana, bem como validade universal, porque são *a priori*. Por isso é que o conhecimento matemático serviu de modelo à concepção racionalista do conhecimento (então, predominantemente conceitual e dedutivo).

Na sua gênese encontra-se o racionalismo transcendente de Platão (do período da antiguidade clássica), o qual crê em “um mundo supra-sensível do qual nossa consciência cognoscente retira seus conteúdos” (HESSEN, 2012, p. 50). Denomina-se esse de “mundo das idéias” como Espírito Pensante (o *Nous* cósmico). Assim, “o conhecimento simplesmente ocorre quando o espírito humano recebe as idéias do *Nous*, na sua origem metafísica” (HESSEN, 2012, p. 51), de modo que pela “reminiscência” “a alma viu as idéias num ser-aí pré-terreno, e, agora, recorda-se delas por ocasião da experiência sensível” (HESSEN, 2012, p. 50-51).

Segundo, já no racionalismo de Santo Agostinho (do período medieval) o *Nous* cósmico é substituído por Deus no sentido cristão, pelo que “as idéias convertem-se nos pensamentos criativos de Deus. Agora o conhecimento ocorre com o espírito humano sendo iluminado por Deus” (HESSEN, 2012, p. 51).

Por fim, no racionalismo imanente de Descartes (do período da idade moderna), assim considerado consensualmente como “pai” da ciência moderna, à luz da sua doutrina das “idéias conatas ou inatas”: “Segundo ela, há em nós um certo número de conceitos inatos, conceitos que são, na verdade, os mais importantes, fundamentadores do conhecimento. Eles não provêm da experiência, mas constituem um patrimônio original da nossa razão” (HESSEN, 2012, p. 52-53).

De todas essas formas, nada obstante o mérito do racionalista ter sido a anulação do conhecimento pelo “mito” (com origem no transcendente) e sua alocação da racionalidade em seu lugar, certo é que “ele é unilateral ao fazer do pensamento a única ou a verdadeira fonte do conhecimento” (HESSEN, 2012, p. 54). Destarte, produzindo conhecimento pelo método dedutivo conceitual (parte do geral para o particular, por meio do instrumento do silogismo) o racionalismo recaí sobre o “dogmatismo”, posto que “desiste de os justificar por argumentos

ulteriores (ou testes)” (DEMO, 1995, p. 152).

Em contrapartida, como antítese ao racionalismo sobreveio o empirismo, asseverando que “não é possível adquirir conhecimento da realidade através do uso não empírico da razão” (MOSER, MULDER e TROUT; 2011, p. 112), de modo que “a realidade não se nos torna conhecida por meio da intuição racional” (MOSER, MULDER e TROUT; 2011, p. 112). Sobre as características do empirismo, disserta Hessen (2012, p. 54-55):

Segundo o empirismo, a razão não possui nenhum patrimônio apriorístico. A consciência cognoscente não retira seus conteúdos da razão, mas exclusivamente da experiência. Por ocasião do nascimento, o espírito humano está vazio de conteúdos, é uma tábula rasa, uma folha em branco sobre a qual a experiência vai escrever. Todos os nossos conceitos, mesmo os mais universais e abstratos, provêm da experiência.

Por via de consequência, nessa visada o conhecimento somente é atingido pela experiência sensorial da realidade objetivada e pelo uso empírico da razão sobre a mesma (modelo próprio das ciências naturais), por meio do processo da causalidade, em contraposição ao inatismo conceitual da razão pura e exclusiva, servindo-se o empirismo dos métodos dedutivo e indutivo, consoante noticiam Moser, Mulder e Trout (2011, p. 113):

Vamos caracterizar o uso empírico da razão como uma de duas coisas: ou (a) os processos de pensamento que têm por objetivo a experiência sensorial ou (b) os processos de raciocínio dedutivo ou indutivo que partem de premissas derivadas dos ditos processos de pensamento.

Dessa maneira, não somente o método dedutivo é instrumento ao empirismo, como também principalmente o método indutivo, no qual parte-se do particular ao geral por intermédio da verificação pela observação repetida dos casos particulares. Entrementes, o método indutivo, por seus adeptos, na observação de Demo (1995, p. 137), lança críticas sobre aquele, como a relacionada à afirmação de que o raciocínio dedutivo é tautológico, haja vista o “parasitismo da dedução, porque é meramente repetitiva nas aplicações particulares” (DEMO, 1995, p. 137). E a circunscrita ao seu caráter apriorístico, em que “o enunciado geral está preso a uma postura previamente adotada e não colocada em discussão.” (DEMO, 1995, p. 137).

Apesar de já na Antiguidade estar presente o empirismo, como relata Johannes Hessen (2012, p. 56), foi no empirismo inglês na Modernidade que o mesmo ganhou forma de relevância como meio de acesso ao conhecimento, cujo representante mais destacado é David Hume (MOSER, MULDER e TROUT; 2011, p. 116). Contra a especulação e seu mal da subjetividade, a indução empírica busca submeter o conhecimento à investigação do teste experimental, pelo fenômeno da observação controlada e técnica de coleta de dados, sem, contudo, emitir qualquer

valoração sobre o mesmo, pois o dado se impõe (por seu conteúdo evidente), permitindo-se assim então que “a capacidade de observação é praticamente a mesma em todas as pessoas, o dado poderia veicular em todas a mesma certeza, fora de qualquer consideração ideológica” (DEMO, 1995, p. 135).

Foi exatamente radicado nessas ideias do empirismo que Augusto Comte fundou o pensamento positivista (TRIVIÑOS, 1987, p. 33). Preocupado com a elaboração de uma filosofia da história e com a proposta de fundamentação última das ciências e sua classificação, Comte, numa perspectiva de reforma intelectual (e não das Instituições), apresenta a proposta de uma sociedade científica e industrial (em substituição à teleológica e militar vigente até então⁶⁷).

Para tanto, Comte enumera a lei dos três estados sobre os quais o espírito humano perpassou sucessivamente (SILVA e BUSSINGUER, 2016, p. 219): a) teológico (primário, de crença na verdade e certeza no sobrenatural); b) metafísico (intermediário, com rejeição do sobrenatural, mas ainda em grau de abstração na sua justificação); c) pensamento (final, com abandono do estudo da causa dos fenômenos⁶⁸, para regressão da busca da verdade e certeza nas leis de regularidade dos fenômenos observáveis, com persistente neutralidade científica na sua valoração (distinção entre valor e fato⁶⁹). Sobre a “lei dos três estados” contiano, esclarece Aron (2008, p. 87):

Segundo a lei dos três estados, o espírito humano teria passado por três fases sucessivas. Na primeira, o espírito humano explica os fenômenos atribuindo-os a seres, ou forças, comparáveis ao próprio homem. Na segunda, invoca entidades abstratas, como a natureza. Na terceira, o homem se limita a observar os fenômenos e a fixar relações regulares que podem existir entre eles, seja num momento dado, seja no curso do tempo; renuncia a descobrir as causas dos fatos e se contenta em estabelecer as leis que os governam.

Todavia, dita passagem da fase teológica para a do pensamento não se

67 Assim são as palavras de Raymond Aron (2008, p. 86): “Como muitos de seus contemporâneos, Augusto Comte considera que a sociedade moderna está em crise, e encontra a explicação dos problemas sociais na contradição entre uma ordem histórica teológica-militar em via de desaparecer e uma ordem social científica-industrial que nasce”.

68 Na lição de Triviños (1987, p. 36):

Mas, ao positivismo não interessavam as causas dos fenômenos, porque isso não era positivo, não era tarefa da ciência. Buscar as causas dos fatos, sejam elas primárias ou finais, era crer demasiado na capacidade de conhecer do ser humano, de sua razão. Isso era metafísico. Assim, tendo os fatos como único objeto da ciência, fatos que poderiam ser observados, a atitude positivista consistia em descobrir as relações entre as coisas.

69 Na expressão de Triviños (1987, p. 36): “O positivismo estabeleceu distinção muito clara entre valor e fato. Os fatos eram objeto da ciência. Os valores, como não eram dados brutos e apenas expressões culturais, ficavam fora do interesse do pesquisador positivista, nunca podiam constituir-se num conhecimento científico”.

operou simultaneamente em todas as ciências, iniciando-se nas ciências lógicas e naturais, para depois perpassar para as ciências sociais (por fim, universal). Logo, nesse estado final, na visão de Comte, as ciências como um todo passam a ser essencialmente sintéticas (prescritivas, ou seja, conceituais), com primazia do todo sobre os seus elementos individuais. Doravante esse sistema de pensamento científico (o positivista), marcado pela rejeição do conhecimento *a priori* e metafísico, e radicado na observação, experimentação e formulação de conceitos e princípios gerais de uma dada comunidade científica, regerá a ordem e, por conseguinte, o progresso de todas as ciências (relação entre “estática” e “dinâmica” social), fundamentais para o “devenir” das sociedades humanas⁷⁰, isto é, o progresso do espírito humano como desígnio único da história. E a garantia de concretização disso tudo é a força titularizada no Estado e impulsionada pelo “poder espiritual”.

Certo é que o espírito positivista de Comte prosperou sobre o pensamento ocidental e sobre todas as ciências, contaminando, invariavelmente, a ciência do Direito. Nas palavras de Silva e Bussinguer (2016, p. 219) o positivismo “se propôs também a purificar as ciências sociais da metafísica e tudo que não seja estritamente científico, à luz de seus conceitos, influenciou diretamente uma das concepções mais relevantes do Direito, o Positivismo Jurídico”.

Nada obstante, como descreve Billier e Maryioli (2005, p. 186-), o positivismo jurídico ter caminho pela escola francesa da exegese (cuja marca de caracterização foi a adoção da codificação no código de Napoleão e outros que lhe seguiram, fruto da vontade soberana do Estado, para assim adotar uma filosofia do Direito estadista e juspositivista, desassociada das “amarras” do direito natural), pelo utilitarismo inglês (iniciado em Bentham, pela depuração no conceito de Direito de todo elemento extrajurídico, e finalizado em Austin, quem caracteriza o Direito como norma proveniente do mandamento do Estado soberano, cuja sanção e dever são termos inseparavelmente ligados, pelo que tanto a jurisprudência⁷¹ como a legislação são assim reconhecidas como fontes primárias do Direito), e pelo romantismo histórico alemão (pensamento que nega valor superior à história e reduz o Direito ao próprio fato das normas em vigor, à luz de uma visão romântica

70 No registro ainda de Raymond Aron (2008, p. 94 e 109):

Mas a universalidade da ciência tem outro sentido. No momento em que se começa a pesar positivamente em astronomia ou física, não se pode pensar de outro modo em termos de política ou de religião. O método positivo, que alcançou êxito nas ciências da natureza inorgânica, deve ser estendido a todos os aspectos do pensamento.

(...)

Combinando o tema de Montesquieu – do determinismo – com o de Condorcet – das etapas necessárias, segundo uma ordem inelutável dos progressos do espírito humano – chega-se à concepção central de Comte: os fenômenos sociais estão sujeitos a um determinismo rigoroso, que se apresenta sob a forma de um devenir inevitável das sociedades humanas, comandado pelos progressos do espírito humano.

71 Respeitando a tradição da *common law*.

da unidade lógica de um sistema de Direito, construído a partir do enfoque histórico lógico de uma jurisprudência de conceitos), foi em Hans Kelsen que o mesmo melhor se personificou.

Kelsen desenvolveu sua Teoria Pura do Direito, propalando sua purificação epistemológica, pois “exclui da ciência jurídica qualquer objeto a ela estranho” (CUNHA, 2008, p. 282). Nesse diapasão, “são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência” (KELSEN, 2006, p. 79). Para tanto, Kelsen idealizou a conjugação correlata da “pureza valorativa” (CUNHA, 2008, p. 282), excluindo do Direito qualquer valorização axiológica externa. Moral e justa é a norma positiva como mandamento veiculado pelo Estado, dotada de força para sua coercibilidade pela heterotutela.

Ademais, a Teoria Pura do Direito expõe no seu conteúdo tanto uma teoria jurídica estática, que “tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor” (KELSEN, 2006, p. 80), como uma teoria jurídica dinâmica, voltada ao “processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado” (KELSEN, 2006, p. 80), ambas realizadas no seio de uma estrutura piramidal hierarquizada de relação entre norma geral e individual (cuja regressão remonta à norma hipotética fundamental), uma como pressuposto e produto da outra (sob o aspecto da compatibilidade formal quanto ao seu modo de produção, e material quando à extensão de seu conteúdo, regressivamente reduzida essa “liberdade”), numa relação correspondente de validade. Na inteligência de Cunha (2008, p. 283): “Por sua vez, a norma que confere validade a outra pode ter sua própria validade questionada, reclamando um substrato de validação em outra norma superior a ela e assim sucessivamente”.

Na visão de Kelsen existe diferenciação entre proposição jurídica, como “juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem” (KELSEN, 2006, p. 80) a conduta humana e ligam à mesma “certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas” (KELSEN, 2006, p. 80), tudo isso pela incorporação da causalidade oriunda das “leis naturais”⁷², materializada no Direito na figura da “imputação”⁷³ (conexão entre o ilícito e as consequências do ilícito). E norma jurídica, essa entendida como produto da atividade interpretativa do interprete na aplicação do Direito, ou seja, “produzidas pelos órgãos jurídicos” (KELSEN, 2006, p. 80) como um “ato de vontade”, prescrevendo-se o “dever-ser”, “sentido específico com que entre si são ligados ambos os fatos através de uma norma jurídica, ou seja, numa norma jurídica” (KELSEN, 2006, p. 87). Logo, malgrado a aplicação

72 Ver a esse respeito a observação de Kelsen (2006, p. 85) sobre o traslado da causalidade das ciências naturais para as ciências sociais.

73 Em resumo, elucida Kelsen (2006, p. 86): “Procurando uma formula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coação, pela mesma ordem jurídica estabelecida. (...) Tal-qualmente uma lei natural, também uma proposição jurídica liga entre si dois elementos”.

do Direito ser prescritiva, sua interpretação é descritiva. Nas próprias palavras de Kelsen (2006, p. 80): “A ciência jurídica, porém, apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for”.

Para então a interpretação do Direito, e, por conseguinte, sua aplicação, como atos fracionários da cognição, Kelsen a partir do discriminem entre interpretação autêntica, realizada pelo órgãos jurídicos (Judiciário e Executivo), e não-autêntica, conduzida pela doutrina como fonte secundária integrativa do Direito, esclarece que cumpre à essa estabelecer no âmbito dos limites semânticos conceituais da proposição normativa um “quadro de molduras” dos possíveis sentidos e alcances da Lei, para que, num ato discricionário de vontade (então político), escolha o interprete a melhor interpretação que lhe aprouver, sem compromisso com a pretensão de uma resposta univocamente correta no Direito, produzindo-se assim a norma jurídica (CUNHA, 2008, p. 286).

Tal modo de ser do positivismo kelsiano tem estreita ligação com o positivismo comtiano, vez que o seu conteúdo estático tem o condão de apreender o fato da vida e ao molde das ciências da natureza fazer uma relação matemática correlacional de imputação entre o descumprimento do comando deontico do “ser” com a consequência normativa plasmada na sanção. Da mesma forma, no seu conteúdo dinâmico como ato da própria produção do Direito, a interpretação jurídica é marcada pela ordenação de uma multiplicidade conceitual da proposição normativa, pelo que o interprete aplicador, a partir desses dados coletados descritivamente, elege, sem promover sua valoração, e os aplica pelo método cartesiano da subsunção, solvendo os problemas do Direito, impondo o “dever-ser” (a norma jurídica).

Essa constatação, dogmática, persiste até os dias atuais, ante a constatação do fenômeno da “plenipotenciariade da regra e o discurso da autoridade”, no qual, segundo Zanotti e Coura (2014, p. 28), magistrados que adotam no seu conceito de Direito o positivismo jurídico “utilizam critérios quase estritamente linguísticos para analisar questões jurídicas” (deixando então de seguir a inevitável trajetória entre texto e norma, por conhecer no dispositivo normativo um dado conhecimento unívoco), descolando da sua exegese as imbricadas questões de fato que lhe dão suporte, numa atitude de “exorcismo da realidade”, própria da veiculação do conhecimento conceitual a priori.

É exatamente este o caso da pré-campanha eleitoral que levando estritamente em consideração a conceituação abstrata de “pedido explícito de voto”, torna nula pelo seu distanciamento ao objeto do conhecimento (o ato de propaganda eleitoral), a adjetivação dos seus demais elementos característicos. Presentes estão aqui as aporias ínsitas ao positivismo, a saber: a) regra do fenomenalismo, “em que o positivista não aceita a distinção entre fenômeno e essência” (DEMO, 1995, p. 155); b) regra do nominalismo, que se “resume na visão de que os conceitos

são apenas nomes que se referem a objetos concretos” (DEMO, 1995, p. 156); c) regra da neutralidade científica, na qual “métodos experimentais não experimentam valores” (DEMO, 1995, p. 157); d) crença na unidade do método, baseada na “crença de que toda e qualquer realidade deve ser tratada cientificamente de forma semelhante” (DEMO, 1995, p. 159).

E assim segue entoando não somente a jurisprudência eleitoral⁷⁴, mas também paradoxalmente a doutrina eleitoralista, representada por citação aqui em Marcus Vinicius Furtado Coêlho, quem assevera que conceitualmente “a propaganda eleitoral se configura quando houver expressa campanha, referência a eleições, pedidos de votos, menção a candidatura” (COÊLHO, 2016, p. 234), mas assaca que “a única prática proibida é o pedido expresso de voto, a ilação que se depreende resulta que não há impedimento à propaganda eleitoral implícita” (COÊLHO, 2016, p. 234).

Lançando crítica sobre essa constatação registra Alexandre Basílio Coura (2018, p. 189):

Para tal concepção, o fato de se dizer que não é propaganda eleitoral uma manifestação em razão de sua liberação em momento prévio ao legalmente definido para as campanhas eleitorais (ou seja, quer dizer que não é propaganda eleitoral antecipada) é o mesmo que dizer que não é propaganda. Aos nossos ouvidos, isso soa tão absurdo quanto dizer que um fato deixou de ser crime por não mais ser hediondo.

(...)

O afastamento da questão temporal definida pelo termo antecipado não poder ser capaz de alterar a natureza da manifestação, razão pela qual deveria, ainda que ausente o termo “voto”, qualquer manifestação política respeitar os limites dispostos na legislação, vocacionados a reduzir a influência do poder econômico.

74 Ver nesse sentido o seguinte escólio do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, que é representativo da sua jurisprudência:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO POR PROPAGANDA EXTEMPORÂNEA. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPLÍCITO DE VOTO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.1. Na linha da jurisprudência do TSE, com a nova redação do art. 36-A da Lei 9.504/97 dada pela Lei 13.165/2015, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais de pré-candidatos e outros atos - que poderão ter cobertura dos meios de comunicação, inclusive da internet -, desde que não haja pedido expresso de voto, não configuram propaganda antecipada (Rp 294-87/DF, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 9.3.2017).2. Consoante o entendimento mais atual desta Corte Superior, de acordo com a moderna interpretação jurisprudencial e doutrinária acerca do art. 36-A da Lei 9.504/97, a publicidade que não contenha expresso pedido de voto não configura propaganda eleitoral (AgR-REspe 1112-65/SP, rel. Min. TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, DJe 5.10.2017).3. De acordo com o delineamento fático consignado no acórdão regional, não há falar em propaganda eleitoral extemporânea, tendo em vista que não houve pedido expresso de voto, mas, tão somente, mera menção a genéricos apoios políticos.4. Agravo Regimental ao qual se nega provimento.

(Recurso Especial Eleitoral nº 31056, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 37, Data 22/02/2018, Página 119)

Tal estado atual das coisas, de manutenção do pensamento positivista tanto sobre a propaganda eleitoral como frente à pré-campanha (apesar do seu antagonismo por essência), tem conduzido à incongruências (como no presente trabalho já apontado), como a legitimação de ilícitos eleitorais⁷⁵, tais como a pré-campanha por meio de propaganda paga na internet, por meio de propaganda intrapartidária, por meio de showmício, e por meio de outdoor, tudo isso porque não está presente nesses casos o conceito *a priori* de “pedido explícito de voto”, malgrado a presença dos outros elementos conceituais característicos da propaganda eleitoral, como o conhecimento levado ao público em geral da candidatura e os “motivos pelos quais induzam à conclusão de que o candidato beneficiário é o mais apto para o cargo em disputa” (GOMES, 2016, p. 482).

Por via de consequência, a prevalência do positivismo jurídico na compreensão da pré-campanha (e o problema que traz consigo da “demissão teórica”⁷⁶), quando posto defronte ao controle externo da Justiça Eleitoral (administrativa e judicialmente), na defesa da igualdade entre os concorrentes, e salvaguarda da normalidade e legitimidade das Eleições, com o necessário cotejo com os conceitos e princípios da propaganda eleitoral vigentes, acaba por provocar uma “crise” no próprio “paradigma” da propaganda eleitoral, ante sua incompatibilidade de coexistência conceitual.

4. CONCLUSÃO.

Thomas Kuhn em 1962 publicou sua obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”, promovendo uma historiografia da história da ciência, para desenhando o caminho de seu surgimento e desenvolvimento. Para tanto elaborou o conceito de paradigma, compreendido como os conceitos e princípios de uma dada comunidade científica que regem o seu conhecimento. Ao curso da vigência do paradigma, o desenvolvimento da ciência é acumulativo, sendo seu conteúdo suficiente à resposta dos problemas que enfrenta. Vivencia-se assim uma fase de “ciência normal”. Todavia, ao momento que surgem anomalias, instaura-se um processo de “crise na ciência”. O paradigma não é mais suficiente à solução dos problemas. Então surgem novos princípios e conceitos (pré-paradigma) que somente quando unânimes promoverem uma “revolução” pela mudança de paradigma.

Essa constatação de Kuhn se aplica totalmente à questão da pré-campanha eleitoral implementada pela Lei nº 13.165/2015. Numa apertada síntese, como a

75 A toda evidência “o princípio da liberdade garante a realização da propaganda respeitados os limites impostos pela legislação” (LINS, 2006, p. 44)

76 Na compreensão de Pedro Demo (1995, p. 141) “demissão teórica significa, pois, negar trabalho teórico na constatação empírica, como se o dado fosse evidente em si. Toda sensação de evidência não provém, porém, do dado, mas do quadro teórico em que é colhido”.

campanha propriamente dita se inicia em 15 de agosto do ano eleitoral, antes disso é possível que candidatos, ainda que não formalmente registrados, se declarem assim e passem a praticar atos próprios de campanha na pretensão da captação lícita do apoio do eleitorado, sendo proibido apenas o pedido explícito de voto.

Com essa mudança legislativa, permitindo aquilo que era implacavelmente proibido pela Justiça Eleitoral, os próprios conceitos e princípios da “propaganda eleitoral” vigentes até então não são mais suficientes à solução dos problemas em torno da pré-campanha. Destarte, a figura da pré-campanha deflagrou inconscientemente uma “crise na ciência” do direito eleitoral, urgindo a necessidade de “revolução” por meio do nascimento de um novo paradigma sobre a campanha eleitoral.

Todavia, o positivismo jurídico, ainda reinante na práxis judiciária brasileira, com suas definições conceituais de conhecimento *a priori*, não é suficiente à solução desse problema. Inadvertidamente, não é a presença de um “pedido explícito de voto” que pode única e exclusivamente caracterizar a propaganda extemporânea. Se precedente a assertiva, tal seria um exorcismo da realidade, minando da cognição em torno da propaganda antecipada caracteres existenciais outros denotativos da propaganda eleitoral.

Em *overruling*, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, paulatinamente, já em referência às Eleições de 2018 – segundo pleito de vigência no dispositivo em estudo, na interpretação do artigo 36-A da Lei nº 9.505/97, passou a intuir “o pedido explícito de votos pode ser identificado pelo uso de determinadas ‘palavras mágicas’, como, por exemplo, ‘apoie’ e ‘elejam’, que nos levem a concluir que o emissor está defendendo publicamente a sua vitória”⁷⁷.

Ademais, também a jurisprudência eleitoral passou a entoar que para a propaganda em pré-campanha subsistem as mesmas vedações à propaganda eleitoral em geral, como a sua realização por meio de outdoor (Recurso Especial Eleitoral nº 060094906, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 91, Data 12/05/2020)⁷⁸ ou de showmício⁷⁹ (Recurso Especial Eleitoral nº 060027081, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 162, Data 22/08/2019), e pela concessão de “quaisquer outros bens ou materiais que possam proporcionar vantagem ao eleitor”, como, por exemplo, álcool em gel e máscaras como instrumentos de proteção sanitária contra o coronavírus⁸⁰.

77 Recurso Especial Eleitoral nº 2931, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 238, Data 03/12/2018, Página 97-98.

78 Vedação do artigo 39, §8º, da Lei nº 9.504/97.

79 Proibição do artigo 39, §8º, da Lei nº 9.504/97.

80 <http://www.tre-rn.jus.br/imprensa/noticias-tre-rn/2020/Maio/tre-rn-considera-propaganda-eleitoral-a-distribuicao-de-mascaras-por-vereadora-de-parnamirim>

Em arremate a esse respeito, “poderá restar verificado o abuso do poder econômico na realização de despesas próprias da campanha eleitoral em período vedado” (ROLLO, 2020, p. 101), pelo que “os gastos pessoais do pré-candidato devem ser esporádicos e de pouco valor” (ROLLO, 2020, p. 101).

Esse estado atual das coisas – de indefinição exegética do artigo 36-A da Lei das Eleições, acaba por propiciar o abuso de poder na pré-campanha, reclamando a intervenção da Justiça Eleitoral para sancionar aqueles que se elegeram impulsionados por formas que quebraram a “*pars conditio*”. Foi isso o que aconteceu recentemente, por exemplo, quando do julgamento pelo Tribunal Superior Eleitoral do Recurso Ordinário nº 060161619, em que foi mantida a cassação do mandato da Senadora pelo Mato Grosso Selma Arruda, por abuso do poder econômico, partindo o Tribunal das seguintes premissas:

Como se sabe, o sistema legal e nosso sistema regulamentar de controle financeiro dos gastos eleitorais pressupõe o início do período eleitoral. É dizer, não há fiscalização contemporânea desses gastos, sejam eles realizados com recursos do Fundo Partidário, sejam com recursos de outras fontes.

Dessa forma, há a possibilidade de a propaganda eleitoral extemporânea veiculada por meio de artefato eleitoral ser inteiramente patrocinada por pessoa jurídica, pública ou privada, sem que sequer haja o conhecimento desta Justiça especializada.

No limite, até mesmo entidades estrangeiras podem financiar publicidade claramente eleitoral meses antes da eleição que, mantida inalterada nossa jurisprudência, será considerada lícita, não recaindo sobre seus autores/beneficiários a necessidade de explicar a origem de seu financiamento.

Tal fato, por si só, fragiliza a *accountability* exigível dos atores do processo eleitoral. (AgR-Respe nº 0600227-31/PE, rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9.4.2019, DJe de 1º.7.2019 – grifos no original. Ao final do voto, apresentei o cenário indesejável que vislumbrava: (...) aspecto deletério da atual interpretação dada ao art. 36-A, no que toca à produção de artefatos de propaganda, é o próprio antídoto disponível para eventuais casos de abuso, qual seja, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE).

Nesse diapasão, a crise no paradigma da propaganda eleitoral está a exigir correção na exegese jurisprudencial da Justiça Eleitoral em torno da figura da pré-campanha, pela preservação, por um lado, da incolumidade da liberdade de manifestação de pensamento do candidato – preconizada no artigo 220 da Constituição Federal, e de outro, a defesa da igualdade de condições entre os concorrentes (artigo 5º da Constituição Federal), e coibição do abuso de poder (artigo 14, §9º, da Constituição Federal), pela interpretação sistemática e constitucionalmente adequadas das normas eleitorais.

5. REFERÊNCIAS.

ARON, Raymond. As etapas do pensamento sociológico. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 15ª. Ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

BILLIER, Jean Cassien; MARYIOLI, Aglaé. História da filosofia do Direito. São Paulo: Manole, 2005.

BRASIL. Lei nº 13.165/2015. Brasília. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 4.737/65. Brasília. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.504/97. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.096/95. Brasília. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 64/90. Brasília. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª. Ed. Almedina: Rio de Janeiro, 2003. CHIBENI, 2004,

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. Direito eleitoral, direito processual eleitoral e direito penal eleitoral. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COURA, Alexandre Baílio. Propaganda eleitoral antecipada: teoria funcionalista sistêmica versus teoria clássica da propaganda eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). Propaganda eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica jurídica em Kelsen: apontamentos críticos. In Revista Informação Legislativa. Brasília: a. 45, n. 180, out./dez. 2008.

Demo, Pedro. Metodologia científica em ciências sociais. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 1ª. Ed. RT: São Paulo, 2007.

- GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- HESSEN, Joannes. Teoria do conhecimento. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- JORGE, Flávio Chein; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Curso de direito eleitoral. Salvador: JusPodivm, 2016.
- LINS, Newton. Propaganda eleitoral: comentários jurídicos. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- MENDES, Ana Paula Oliveira. O novo conceito de propaganda eleitoral antecipada: uma leitura à luz dos princípios da liberdade e da legalidade. In Revista Estudos Eleitorais. Brasília: v. 12. n. 3. set./dez. 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª. Ed. Saraiva: São Paulo, 2012.
- MOSER, Paulo K.; MULDER, Dwayne H.; TROUT, J. D. A teoria do conhecimento: uma introdução temática. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos Fundamentais. 1ª. Ed. Coimbra: Coimbra, 2002.
- REIS, Marlon. Direito eleitoral brasileiro. Brasília: Alumnus, 2012.
- SILVA, Rafael Cordeiro. A teoria khuniana da ciência: um discurso de homenagem. In Revista educação e Filosofia. Minas Gerais: jul./dez. 1998.
- ROLLO, Arthur Luís Mendonça Rollo. Propaganda Eleitoral. In Eleições o que mudou. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.
- SILVA, Tatiana Mareto; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. O Positivismo como obstáculo epistemológico à produção do conhecimento jurídico: o dogmatismo e suas consequências para a formação do jurista. In Revista de Pesquisa e Educação Jurídica. Brasília: V.2, n. 1, jan/jun 2016.
- TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.
- TSE. Representação nº 1406, Acórdão de 06/04/2010, Relator(a) Min. Joelson Costa Dias, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 10/05/2010, Página 28.
- TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 31056, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 37, Data 22/02/2018, Página 119.
- TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 9365, Acórdão, Relator(a) Min. ADMAR GONZAGA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 175, Data 11/09/2017, Página 24.
- TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 2043, Acórdão, Relator(a) Min. ROSA WEBER, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 47, Data 08/03/2018, Página 26-27.

TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 3257, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 21/02/2018.

TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 25603, Acórdão, Relator(a) Min. Luiz Fux, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 08/03/2018, Página 27-28.

TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 621, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 29/09/2017.

TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 31056, Acórdão, Relator(a) Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 37, Data 22/02/2018, Página 119.

TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 060094906, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 91, Data 12/05/2020.

TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 060027081, Acórdão, Relator(a) Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 162, Data 22/08/2019.

TSE. Recurso Especial Eleitoral nº 2931, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 238, Data 03/12/2018, Página 97-98.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 7ª. Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ZANOTTI, Bruno Taufner; COURA, Alexandre de Castro. (Pós) positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworking. In Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Org. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Curitiba: Editora CRV, 2014.

3

MARCO INICIAL DO PRAZO DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS: RECONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO DE “DECISÃO IRRECORRÍVEL”

Adriano Sant’Ana Pedra⁸¹

Helio Deivid Amorim Maldonado

1. DA INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS.

Tomando como ponto de partida o conceito de Lincoln, democracia é o “governo do povo, pelo povo, e para o povo”. E assim que seguiu nossa Constituição Federal de 1988 ao explicitar em seu artigo 1º, parágrafo único, que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Dessa disposição alhures mencionada, percebe-se que a Lei Maior adotou o princípio democrático como norma constitucionalmente positivada, enraizando em seu conteúdo duas dimensões, quais sejam, os postulados da democracia representativa (por meio de representantes) e participativa (ou diretamente). E mais, ao se ressaltar que o exercício da soberania popular realiza-se nos termos da Constituição, a Norma Fundamental acabou por estabelecer o princípio democrático como princípio de organização. Isto é, nas palavras de Canotilho (2003,

81 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV/ES. Procurador Federal.

p. 287), “o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo”.

Tal processo, ligado ao conceito de democracia procedimentalista, pressuposto esse fundamental à realização do princípio democrático, tem por condão criar um “conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos” (BOBBIO, 2002, p. 18)⁸². Sendo que tal procedimento para o exercício da democracia no nosso sistema jurídico encontra-se capitulado no artigo 14 da Constituição, nos seguintes termos:

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.

Logo, transladando a teoria democrática para a prática constitucional, o princípio democrático é realizado pelo povo⁸³ através do sufrágio, entendido esse último, na lição de Paulo Bonavides (2000, p. 16), como “poder que se reconhece a certo número de pessoas (o corpo de cidadãos) de participar direta ou indiretamente na soberania”. Nesse caminhar, o direito público subjetivo ao sufrágio erige-se como pilar do princípio democrático.

Mas a conformação do exercício de direitos políticos não se basta somente com o direito de voto⁸⁴. Muito pelo contrário, o próprio artigo 14 da Constituição, traz em seu §3º as condições de elegibilidade, a saber:

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

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o pleno exercício dos direitos políticos;
- III - o alistamento eleitoral;
- IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;
- V - a filiação partidária;

82 Nesse mesmo sentido Hans Kelsen (2000, p. 150).

83 Deve ser visto que na doutrina de Friedrich Muller (2003, p. 55-79) a palavra povo tem acepções diversas, sendo que no texto emprega-se o conceito de povo ativo como atribuição de participação política no Estado.

84 Apesar de ser esse seu núcleo fundamental.

VI - a idade mínima de:

- a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
- b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
- c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
- d) dezoito anos para Vereador.

Nesse diapasão, os direitos políticos, que são direitos fundamentais⁸⁵, base do regime democrático, abrangem o direito ao sufrágio e o direito de ser votado⁸⁶.

Cumprir destacar por oportuno que esses âmbitos de conformação dos direitos políticos têm ligação direta com a liberdade (direito também fundamental, conforme expressão do artigo 5º da Constituição), estreitamente correlacionada à dignidade da pessoa humana (fundamento do nosso Estado de Direito, segundo indicação do artigo 1º, inciso III, da Constituição). Visão essa compartilhada por Adriano Sant'Ana Pedra (2012, p. 119-120, 134), *verbis*:

A liberdade individual prepondera como valor supremo, garantida tão-só pela ausência de intervenção do Estado nas relações sociais, o que a faz também ser denominado de liberdade negativa. Os direitos de primeira geração têm como destinatário o indivíduo individualmente considerado. [...]

Os direitos de primeira geração também se preocupam com a participação na vida pública e, nesse sentido, também alcançam os direitos políticos. [...]

[...] Embora os direitos e garantias de liberdade apareçam com uma conotação negativa, visando impedir que os poderes públicos interfiram na vontade individual, o conceito de liberdade, próprio do constitucionalismo ainda possui uma dimensão positiva, com a liberdade compreendendo também a participação na adoção das decisões da comunidade política.

Entretanto, o conteúdo da liberdade não somente tem natureza individual. Como a liberdade decorre do poder de autodeterminação a mesma se estende sob um aspecto coletivo (ou positivo) como o direito do indivíduo tomar parte das decisões coletivas que invariavelmente irão influir na sua própria autodeterminação. É dessa circunstância que emergem os direitos políticos. Todavia, é indene de dúvidas que não existem direitos absolutos (nem mesmo os fundamentais!). Sobre a restrição de direitos fundamentais, é de se colacionar a lição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 145):

85 Na acepção de Robert Alexy (1999, p. 67) os “direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo”.

86 Tomando em conta essa mesma posição é a orientação de Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 753).

[...] pode-se definir a intervenção na área de proteção de um direito fundamental como ação ou omissão do Estado que: a) impossibilite, em parte ou totalmente, um comportamento correspondente a um direito fundamental (comportamento abrangido pela área de proteção do referido direito); e; b) ligue ao seu exercício uma consequência jurídica negativa mediante uma proibição acompanhada de sanção.

Destarte, a intervenção sobre os direitos fundamentais decorre da própria justificação constitucional, tomando-se em conta a complexa relação entre as normas constitucionais que outorgam direitos fundamentais, podendo, a toda evidência, a restrição decorrer da própria Constituição (restrição imediata) ou por reserva legal (restrição mediata) ser disciplinada pela legislação infraconstitucional. Nesse último caso diz muito bem a professora portuguesa Cristina Queiroz (2002, p. 204) que “a Constituição autoriza a lei a restringir ela própria o âmbito de proteção do direito”. E mais, no magistério de Gilmar Mendes (2012, p. 232):

Quanto à sistematização, essas restrições, também chamadas restrições constitucionais indiretas, classificam-se, fundamentalmente, como restrição legal simples ou como restrição legal qualificada.

No primeiro caso, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei; na segunda hipótese, eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou o atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição.

Outrossim, a restrição aos direitos fundamentais deve encontrar limite dos limites na proteção do núcleo essencial do direito mitigado. No caso dos direitos políticos, cujas dimensões normativas reconhecidas decorrem do direito de votar e do direito de ser votado, por justamente serem direitos fundamentais (como alhures já visto), os mesmos recebem o influxo da condição de cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição, insuscetíveis então de abolição, quer seja pela ação do poder constituinte derivado, quer seja pela atuação do legislador ordinário.

Decorre, por via de consequência, da própria Constituição a restrição ao sufrágio, conforme se deflui do artigo 14, § 1º, inciso II, letra “c”⁸⁷, e §2º, como também mitigação à elegibilidade⁸⁸, pelo estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade⁸⁹ diretamente na Norma Fundamental nos §§4º *usque* 8º do artigo 14,

87 *A contrario sensu.*

88 Na expressão de Pinto Ferreira (1983, p. 364) a “elegibilidade é a capacidade de ser eleito, a qualidade de uma pessoa que é elegível nas condições permitidas pela legislação. A elegibilidade é, na restrita precisão legal, o direito do cidadão de ser escolhido mediante votação direta ou indireta para representante do povo ou da comunidade, segundo as condições estabelecidas pela Constituição e pela legislação eleitoral.”

89 Na expressão de Pinto Ferreira (1983, p. 348) a “inelegibilidade é um impedimento ao direito do cidadão de

e ainda pela delegação dessa restrição à legislação infraconstitucional (a teor do §9º do artigo 14), sendo, por fim, restringidas ambas as dimensões dos direitos políticos pela própria suspensão desses nas hipóteses do artigo 15.

Nessa toada, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer no seu artigo 14, §9º, que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”, previu a reserva legal qualificada de restrição ao direito político fundamental do cidadão ser votado, pelo estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade.

Sendo a norma em questão de eficácia limitada⁹⁰, cumpriu à Lei Complementar nº 64/1990 a conformação da restrição normativa da segunda parte do artigo 14, §9º, da Constituição, sendo a primeira parte da norma constitucional preenchida pela alteração introduzida pela Lei Complementar nº 135/2010, para se estabelecer, de todo modo, a inelegibilidade por rejeição de contas no seu artigo 1º, inciso I, letra “g”.

2. DO CONTORNO JURÍDICO EM TORNO DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS.

Hodiernamente, então, o artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/90, com redação alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, dispõe o seguinte, *verbis*:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

Como bem anotam Adriano e Anderson Sant’Ana Pedra (2010, p. 12) a inelegibilidade é “a ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, a inexistência do direito de ser votado, constituindo assim uma restrição ao *status* de cidadania

ser eleito para um cargo político. É assim impedimento de ordem pública, que visa sobretudo a moralização e o interesse social, amparando consequentemente a dita ordem pública. Daí a importância que as Constituições ou as legislações eleitorais lhe atribuem por toda a parte e em diversas épocas”.

90 Conforme restou reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008.

ativa”. A restrição da dimensão do direito político de ser votado, especificadamente em relação à inelegibilidade por rejeição de contas, tem como finalidade subjacente, consoante discriminação própria do §9º, do artigo 14, da Constituição, atender os princípios da probidade/moralidade administrativa, eis que atinge exatamente aqueles “que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas”.

Sem embargo da sua discussão de superação da teoria clássica das inelegibilidades⁹¹, ao que aqui podemos tomar de empréstimo da teoria das inelegibilidades⁹² de Adriano Soares da Costa (2013, p. 175), registra o doutrinador alagoano que a “inelegibilidade como tal é sempre efeito jurídico, consequência atribuída a algum fato ou complexo de fatos descritos no suporte fático da norma eleitoral”⁹³. Por via de consequência, pode-se dizer que a inelegibilidade será caracterizada como uma preposição prescritiva cujo imperativo hipotético⁹⁴ será o consequente normativo decorrente de um antecedente normativo prévio. Exatamente por essa razão é que para sua compreensão necessário é se retroceder ao fato jurídico de que é efeito a inelegibilidade.

Entretanto, deve ser observada a lição de Adriano Soares da Costa (2013, p. 34) que adverte *verbo ad verbum*:

Conquanto haja ampla liberdade do legislador quanto à prescrição dos efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre quanto à descrição do fato ou complexo de fatos relevantes, os quais serão juridicizados. Deveras, os fatos descritos no suporte fático da norma são fatos de possível ocorrência no mundo, cuja importância para o regramento da vida social fazem-nos ser adjetivos de jurídicos.

No caso da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/90, existe um plexo de fatos jurídicos que a enseja, a saber: a) rejeição de contas por órgão competente; b) decisão irrecurável; c) irregularidade insanável passível de caracterizar ato doloso de improbidade administrativa. Ocorre que esse conjunto de palavras veiculadas no enunciado normativo em

91 Representada, como por exemplo, na doutrina de Antônio Carlos Mendes (1994, p. 109-119), em que se faz o recorte metodológico entre elegibilidade e inelegibilidade.

92 Em que busca o autor fazer a fusão metodológica entre a elegibilidade e a inelegibilidade, para dizer que essa é o estado jurídico de ausência ou perda daquela (tese de que discordamos, pois na elegibilidade a própria Constituição estabeleceu apenas condicionantes para o exercício da capacidade eleitoral passiva, ficando também à cargo da legislação infraconstitucional estabelecer em conformidade normativa os requisitos de registrabilidade, enquanto que na inelegibilidade a Constituição e a sua reserva de lei qualificada estabeleceu hipóteses de restrição direta dos direitos fundamentais políticos, visando proteger de todo modo interesses coletivos preponderantes).

93 E mais, na inteligência de Soares da Costa (2013, p. 179), a inelegibilidade subdivide-se em inata e cominada, sendo que “quando o fato jurídico é lícito, estamos diante de uma inelegibilidade inata; quando se trata de fato jurídico ilícito, de uma inelegibilidade cominada”.

94 Estrutura da norma jurídica, segundo Norberto Bobbio (2005, p. 169-102).

questão (itens “a”, ”b” e “c” elencados acima) é apenas e tão somente a forma linguística e gramatical de expressão da inelegibilidade por rejeição de contas. E não há correspondência biunívoca entre enunciado e norma, pois a lei afigura-se como fonte primária do direito e a norma como extração do significado do enunciado linguístico a partir da reformulação feita pelo intérprete. Nesse caminhar é o pensamento de Humberto Ávilla (2007, p. 30):

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí afirmar-se que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu.

Destarte, interpretar é decidir o significado de um texto legislativo produzindo a norma. Ou seja, a norma jurídica é produto da atividade interpretativa do intérprete. Então para desvelarmos o campo de incidência temporal da inelegibilidade por rejeição de contas, para fins de atenção desse trabalho doravante iremos buscar fazer a reconstrução de significado das expressões (a) rejeição de contas por órgão competente e (b) decisão irrecorrível.

Todavia, a atividade interpretativa não pode ser realizada aleatoriamente (ou melhor, arbitrariamente). Deve haver o controle da profusão de sentidos que emerge do subjetivismo do intérprete. Para tanto, aqui na reconstrução de significado das expressões (a) rejeição de contas por órgão competente e (b) decisão irrecorrível, será tomado como ponto de partida, no primeiro caso, a contextualização da jurisdição constitucional do Tribunal de Contas, e no segundo caso, o preenchimento do conteúdo semântico do conceito jurídico indeterminado de decisão irrecorrível, a par do olhar sistemático do ordenamento que sistematiza a jurisdição constitucional do Tribunal de Contas, elegendo-se, dentre aquelas interpretações possíveis, a que mais se compatibiliza com a finalidade subjacente da causa de inelegibilidade.

3. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS.

De partida, cumpre destacar que o artigo 2º da Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio da separação de funções do Estado ao dizer que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Essa concepção montesquiana de divisão das funções estatais, pelo desenvolvimento de um sistema de freios e contrapesos na própria Constituição, acabou por viabilizar a existência de mecanismos recíprocos de controle entre os poderes constituídos, tanto político com “base na necessidade de equilíbrio entre os Poderes estruturais da República”⁹⁵, como administrativo, entendido

95 Como por exemplo nos artigos 52, incisos I e II, 103, inciso I, letra “c”, da Constituição.

esse último como o “poder de fiscalização e revisão da atividade administrativa” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 1019-120).

Entrementes, no caso do controle administrativo, pode ser esse interno (realizado no âmbito do próprio órgão estatal) ou externo (realizado por órgão fiscalizador diverso do fiscalizado). De toda forma, o controle externo da atividade financeira de todos os órgãos estatais foi prestigiado pela nossa Constituição Cidadã como princípio estruturante de funcionamento do Estado⁹⁶ ao indicar diretamente em seu artigo 70 tal controle do âmbito da União, no seu artigo 31 a fiscalização no âmbito dos Municípios, e ao dispor no seu artigo 25 o poder de auto-organização dos Estados em suas respectivas Constituições internas, com respeito aos princípios constitucionais sensíveis⁹⁷, nos quais se incluiu o controle externo da atividade administrativa.

E, para essas ocorrências, o controle externo dos órgãos estatais é feito pelo Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas, quer seja no âmbito da União, conforme previsão direta no artigo 71 da Constituição, quer seja no âmbito dos Estados ou Municípios, pela verticalização de aplicação do artigo 75 da Norma Fundamental.

Malgrado a Constituição tenha dito que o Tribunal de Contas presta função auxiliar ao Legislativo no controle externo da atividade administrativa dos demais órgãos estatais (no exercício de atividade tipicamente de jurisdição administrativa⁹⁸), sob esse prisma a expressão da Constituição deve ser interpretada com temperamento para se concluir que essa função auxiliar é dotada de autonomia. Nessa trilha é o magistério de Pedro Roberto Decomain (2006, p. 43):

O Tribunal de Contas da União, embora atue em auxílio do Congresso Nacional, não lhe está de modo algum subordinado. O Tribunal é órgão autônomo de estatura constitucional, com incumbências próprias, no exercício das quais não está jungido à vontade de qualquer outro órgão.

O próprio artigo 71 da Constituição, que traz o rol de competências do Tribunal de Contas da União (cujas diretrizes de atuação devem se repetir nos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios⁹⁹, pela verticalização constitucional¹⁰⁰), somente nos seus incisos I, IV e VII é que elenca hipóteses em que se

96 Nesse sentido também Pedro Roberto Decomain (2006, p. 37).

97 Na lição de José Afonso da Silva (1990, p. 515) os princípios constitucionais sensíveis são aqueles “que dizem respeito basicamente à organização dos poderes governamentais do Estado”, incluindo o autor precisamente o controle administrativo externo dentre os princípios orgânicos estruturantes do Estado.

98 Não legislativa. Não jurisdicional. Mas sim tipicamente administrativa, voltada à atividade de controle, no registro de Pedro Roberto Decomain (2006, p. 153-168).

99 E dos Municípios quando existentes.

100 Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade

mostra correto, do ponto de vista estritamente funcional, caracterizar o Tribunal de Contas como auxiliar do Poder Legislativo.

Em outros casos, como nas hipóteses dos incisos II, V, VI e VIII, do artigo 71, da Constituição, o Tribunal de Contas, no exercício de sua autonomia, fiscaliza e julga diretamente as contas de todos aqueles responsáveis pela gestão de dinheiro público, aplicando-lhes, em caso de rejeição de contas, as sanções previstas em Lei, sendo que tal decisão é título executivo extrajudicial, a teor do §3º, do artigo 71, da Lei das Leis.

É exatamente em torno desse prisma da jurisdição constitucional (administrativa) do Tribunal de Contas que deve ser compreendida a expressão rejeição de contas por órgão competente contida no artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/90. Isso ocorre porque, propositalmente, a norma em questão, em sua parte final, indicou que se aplica “o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”.

Logo, na identificação do órgão competente para exercício do controle administrativo externo dos demais órgãos-funções do Estado necessário é se fazer o discriminem entre o alcance da jurisdição constitucional contida nos incisos I e II, do artigo 71, da Constituição, desbocando nesse último todas as funções de fiscalização, julgamento e autorização de imposição de penalidade¹⁰¹.

No caso do inciso I, ficará a cargo do Tribunal de Contas “apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República”, sendo o órgão competente para seu julgamento o Poder Legislativo (no caso o Congresso Nacional), a teor do artigo 49, inciso IX, da Norma Fundamental, sistemática essa que se repete obrigatoriamente nos âmbitos dos Estados (regulado simetricamente em suas Constituições internas pelo artigo 25 da Constituição) e dos Municípios (segundo a previsão no artigo 31, §1º, da Constituição).

Nesse caso, o Tribunal de Contas oferece apoio técnico-jurídico ao exercício da função atípica do Legislativo de julgar as contas do Executivo. Seguindo a mesma linha de entendimento preconiza Marino Pazzaglini Filho (2014, p. 36):

O órgão competente para julgar as contas prestadas pelos chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores, Prefeitos Municipais) é o Poder Legislativo, a quem incumbe exercer, com o auxílio meramente técnico-jurídico do Tribunal de Contas, o controle externo pertinente à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e entidades administrativas.

nº 3307.

101 Competências previstas nos incisos V, VI e VIII, do artigo 71, da Constituição, ao cabo que tanto no caso realização de auditoria/inspeção, e/ou fiscalização de transferências voluntárias mediante a pactuação de ajustes administrativos em geral, a imposição de penalidade, diante da constatação de irregularidade administrativa, dar-se-á na forma da jurisdição do inciso II da norma em questão.

O Tribunal de Contas limita-se a exarar parecer, não emitindo julgamento.

A problemática de cotejamento das competências do Tribunal de Contas contidas nos incisos I e II, do artigo 71, da Constituição, decorre da expressão contida na parte final do artigo 1º, inciso I, da alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/90, que predetermina que afigurará o Tribunal de Contas como órgão competente para rejeição de contas do mandatário que tiver agido como ordenador de despesa¹⁰².

Calha dizer que mandatário será, na expressão de Paulo Bonavides (2000, p. 311), todo aquele que exercer mandato representativo outorgado através de sufrágio na forma do artigo 14 da Constituição. Transportando essa compreensão para o Poder Executivo, *ex vi* dos artigos 28, 29, inciso I, e 76, todos da Constituição, serão mandatários para a exegese do artigo 71, inciso I, da Lei Fundamental, o Presidente da República, o Governador e o Prefeito Municipal. A todos esses mandatários subsiste o dever de prestação de contas anual, conforme disciplinamento do artigo 82 da Lei nº 4.320/64¹⁰³. Vejamos seu conteúdo:

Art. 82. O Poder Executivo, anualmente, prestará contas ao Poder Legislativo, no prazo estabelecido nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios.

§ 1º As contas do Poder Executivo serão submetidas ao Poder Legislativo, com Parecer prévio do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

§ 2º Quando, no Município não houver Tribunal de Contas ou órgão equivalente, a Câmara de Vereadores poderá designar peritos contadores para verificarem as contas do prefeito e sobre elas emitirem parecer.

Sendo que os critérios de apreciação das contas anuais do Chefe do Executivo pelo Tribunal de Contas, pelos ditames do artigo 70 da Constituição, melhor explicitados no artigo 81 da Lei nº 4.320/64, serão voltados, precipuamente, ao controle da receita e despesa pública. Nos comentários de Pedro Roberto Decomain (2006, p. 75): “Não se cuida, pois, de verificar apenas o cumprimento da lei orçamentária. Cabe ao Legislativo também verificar se o gasto público obedeceu à legalidade, ou seja, se foi realizado dentro dos parâmetros ditados pelas normas que lhe sejam pertinentes”.

Por via de consequência, a competência do Tribunal de Contas alcunhada no inciso I, do artigo 71, da Carta Magna, para emissão de parecer prévio, relaciona-se à apreciação das Contas do Chefe do Executivo revestido na condição de executor

102 Em nossa Lei Eleitoral Comentada (2012, p. 125) fizemos a diferenciação entre contas de gestão e contas de governo.

103 Institui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

do orçamento¹⁰⁴.

Por isso é que a inelegibilidade por rejeição de contas, com a alteração de sua redação ditada pela Lei Complementar nº 135/2010, expressou em sua parte final que ingressará no âmbito da competência do inciso II, do artigo 71, da Constituição, o Chefe do Executivo que atuar na condição de ordenador de despesa.

A partir dessa nova extensão do artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei de Inelegibilidades, foi que vozes da doutrina eleitoral, como a de José Jairo Gomes (2010, p. 171), passaram a defender que, especificadamente, como ordinariamente o Prefeito Municipal no exercício da gestão do Município atua concomitantemente como executor do orçamento e ordenador de despesa é que, nesta última função, está submetido à jurisdição constitucional do artigo 71, inciso II, da Constituição, ainda que quando da apresentação de suas contas de gestão anual, para emissão prévio pela Corte de Contas na forma do inciso I, do artigo 71, da Lei Fundamental. Na síntese de Adriano Soares da Costa (2013, p. 211): “O Prefeito Municipal se submete a duplo julgamento. Um político, perante o Parlamento, precedido de parecer prévio e outro técnico, a cargo do Tribunal de Contas”.

Todavia, a tese não emplacou no âmbito da jurisprudência do Colendo Tribunal Superior Eleitoral¹⁰⁵. Ao nosso sentir com razão a Corte Eleitoral, pois a jurisdição constitucional do Tribunal de Contas disposta no artigo 71, inciso I, da Constituição, malgrado afeta ao controle externo administrativo da conformidade (leia-se, constitucionalidade/legalidade) dos atos de gestão do Chefe do Executivo, o parecer prévio emitido quando da análise das contas anuais somente é de caráter auxiliar ao Legislativo¹⁰⁶, órgão dentro da estrutura constitucional responsável pelo julgamento das contas do Poder Executivo.

Tanto é que seu julgamento pelo Legislativo não é vinculativo^{107 108}, sendo a decisão do Legislativo sobre as contas anuais do Chefe do Executivo de natureza jurídica político-administrativa (inteligência de José Nilo de Castro, 2009, p. 33), garantindo-se, de todo modo, o exercício do contraditório e amplitude de defesa pelo interessado (princípios finalísticos do inciso LV, do artigo 5º, da

104 Na lição de Lafayette Josué Petter (2011, p. 44) orçamento é o “instrumento de que dispõe o poder público (em qualquer de suas esferas de poder) para expressar, em determinado período de tempo, o seu programa de atuação, discriminando a origem e o montante dos recursos a serem obtidos, bem como os dispêndios a serem efetuados”.

105 Como quando do julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 15085, Acórdão de 21/02/2013, Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 01/04/2013.

106 De natureza jurídica de ato administrativo, conforme indicamos em Artigo: <http://jus.com.br/artigos/33210/da-possibilidade-juridica-de-revisao-de-acordao-condenatorio-de-tribunal-de-contas>

107 STF, ADI 614 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/1992, DJ 18-05-2001 PP-00062 EMENT VOL-02030-01 PP-00056.

108 Submetido a quórum qualificado para sua rejeição nos Municípios, a teor do artigo 31, §2º, da Constituição.

Constituição)¹⁰⁹.

Ademais, sobre a assertiva deve ser visto que a desconcentração de poder, pela repartição de competências administrativas internas no âmbito dos órgãos públicos, decorre do poder hierárquico conferido ao Chefe do Poder Executivo, estabelecendo entre este e a autoridade delegada relação de coordenação e subordinação, com a finalidade subjacente de otimização da prestação do serviço público¹¹⁰.

No âmbito da União, pela parte orgânica da Constituição, é certo que o Presidente da República atua administrativamente auxiliado por Ministros de Estado (artigo 84, inciso I), sendo que as competências destes, pela autorização do artigo 88, é regramentada pela Lei nº 7.739/89, que em seu artigo 9º outorga a responsabilidade por ordenação de despesa a esses últimos. Segue, em linha de simetria constitucional do artigo 25 da Norma Fundamental, pela atenção dos princípios constitucionais sensíveis, o disciplinamento dessa mesma desconcentração de poder no âmbito dos Estados, sendo delegados aos Secretários de Estado a incumbência da responsabilidade por ordenação de despesa. Da mesma forma, pela permissão do artigo 29 da Constituição, devendo a Lei Orgânica Municipal seguir os mesmos princípios da Constituição Federal e da Constituição do respectivo Estado em que o Município pertença, possibilidade jurídica existe da delegação de poder de ordenação de despesas aos Secretários Municipais, que atuam em auxílio ao Prefeito.

Ocorre que a práxis indica, mormente pela diminuta estrutura administrativa da maioria esmagadora dos municípios brasileiros, que ordinariamente as Leis Orgânicas não atribuem a função de ordenador de despesa a Secretários Municipais, e centralizam a função nas mãos do Prefeito Municipal¹¹¹. Em todos os casos, o ordenador de despesa será, na forma do artigo 64 da Lei nº 4.320/64, a autoridade administrativa que no arcabouço das regras de competência interna da atuação do órgão público seja responsável pela determinação do pagamento da despesa pública. Em relação aos Ministros de Estado, Secretários de Governo, ou Secretários Municipais, não existe obrigação constitucional ou infraconstitucional que os determine a apresentação de contas anual. Muito pelo contrário, a compreensão do artigo 71, inciso I, da Constituição, melhor qualificada no artigo 82 da Lei nº 4.320/64, somente se entende aos Chefes do Executivo.

Por tal razão é desproporcional a pretensão de atribuir tratamento desigual ao Prefeito Municipal quando de sua prestação de contas anual, submetendo o

109 STF, AC 2085 MC, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-01 PP-00032 RT v. 98, n. 882, 2009, p. 106-108.

110 Inteligência de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2011, p. 420.

111 Observação essa também feita por Adriano Soares da Costa (2013, p. 211).

mesmo à dupla jurisdição, quer seja do Tribunal de Contas, quer seja da Câmara Municipal¹¹².

Então, se na prestação de contas anual do Chefe do Executivo (de todos os entes políticos) será competente para sua rejeição o Poder Legislativo, somente a partir do julgamento por este (a partir do procedimento indicado em sua Constituição ou Lei Orgânica e Regimento Interno¹¹³) é que incidirá a inelegibilidade tratada, pouco importando a data de emissão de Parecer Prévio por rejeição (ou não) de contas pelo Tribunal de Contas¹¹⁴.

De mais a mais, atuando o Prefeito (ou mesmo o Presidente ou Governador de Estado) como ordenador de despesa orçamentária poderá este estar submetido à jurisdição constitucional do Tribunal de Contas disposta no inciso IV, do artigo 71, da Constituição, regulamentada pela Lei nº 8.443/92 (em seu artigo 38, inciso I), caso em que o controle administrativo externo será realizado por meio de inspeção ou auditoria sobre ato (ou atos) administrativo específico¹¹⁵.

E mais, quando do recebimento de transferência voluntária¹¹⁶ através do ajuste¹¹⁷ administrativo pactuado por convênio¹¹⁸ ou consórcio¹¹⁹ entre entes públicos, o Prefeito (ou mesmo o Governador do Estado¹²⁰) também estará submetido à jurisdição constitucional direta do Tribunal de Contas, a teor do artigo 71, inciso VI, da Constituição.

No mais, na esteira do artigo 71, inciso II, da Lei das Leis, competirá ao Tribunal de Contas:

112 Entendimento esse passível de fraude pela singela alteração na Lei Orgânica, sob a provocação do próprio Prefeito interessado.

113 Doutrina de José Nilo de Castro (2000, p. 26-37).

114 Assim se pronuncia de maneira torrencial o Tribunal Superior Eleitoral: Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 19051, Acórdão de 14/02/2013, Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 25/03/2013.

115 Sendo que identificada irregularidade que resulte prejuízo ao erário, na forma do artigo 47 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, é instaurada Tomada de Contas Especial.

116 Autorizada pelo olhar sistemático do artigo 23 da Constituição que prevê o compartilhamento entre os entes políticos do Estado Federal das competências executivas relacionadas a promoção do interesse público primário, escriturados como receita pública decorrente de transferência corrente na forma do artigo 6º, §1º, da Lei nº 4.320/64.

117 Nas palavras de Diogenes Gasparini (2008, p. 787) “os convênios e os consórcios não integram a Administração Pública indireta por serem ajustes, e neles a Administração tem interesse na medida em que por eles são prestados serviços de interesse público”.

118 Previsto sua figura nos artigos 71, inciso VI, e 199, §1º, da Constituição, e ainda artigo 116 da Lei nº 8.666/93.

119 Autorizado sua pactuação pelo 241 da Constituição, norma essa regulamentada pela Lei nº 11.107/2005.

120 Assim também registra Pedro Roberto Decomain (2006, p. 215).

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Ao compasso de que em todos esses últimos casos a competência de rejeição de contas diretamente pelo Tribunal de Contas atenderá o procedimento regulado pela Lei nº 8.443/92¹²¹, que indica em seu artigo 8º a Tomada de Contas Especial como instrumento próprio para esse desiderato (apuração, julgamento e eventual aplicação de penalidade), tudo sob o influxo das garantias do contraditório e da amplitude de meios ao exercício da ampla defesa (esculpidos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição)¹²².

Justamente quando a rejeição de contas decorre diretamente da jurisdição constitucional do Tribunal de Contas¹²³ é que emerge dificuldade na compreensão do marco inaugural do cômputo da inelegibilidade, uma vez que a Lei Orgânica do Tribunal de Contas, afora disciplinar nos incisos do seu artigo 32 mecanismos processuais de prolongamento da relação jurídica processual administrativa pela possibilidade de interposição sucessiva de Recursos¹²⁴, não estabelece contorno normativo preciso em torno do conceito de decisão irrecorrível, acabando por colocar em zona cinzenta sua compreensão para fins de eleição do marco inicial da inelegibilidade por rejeição de contas.

4. DA RECONSTRUÇÃO DO SIGNIFICADO DE “DECISÃO IRRECORRÍVEL”.

Retomando-se a exegese do artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/90, vimos que, na compreensão do conceito de rejeição de contas por órgão competente, no caso da prestação de contas anual pelos Chefes dos Poderes Executivos (Presidente, Governador e Prefeito) o órgão competente para o exercício do controle administrativo externo é o Poder Legislativo (Congresso

121 Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

122 STF, MS 30586, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014.

123 Cuja a natureza jurídica da Decisão da Corte de Contas é de ato administrativo, na locução de Adriano Soares da Costa (2013, p. 211).

124 Cumpre dizer que na conjugação dos artigos 23, inciso III, e 24, da Lei nº 8.443/92, deflui-se que a decisão do Tribunal de Contas que no julgamento das contas imputa multa e/ou débito é formalizada por meio de Acórdão, sendo legítima a prescrição de sistema recursal no curso da jurisdição do Tribunal de Contas, pois, nas palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2009, p. 443), “as Cortes de Contas devem encontrar no próprio desenvolvimento de atividades um modo de expurgar do julgamento o erro, criando a possibilidade de reaprecação dos fatos, apontando os desacertos da decisão”.

Nacional, Assembleia Legislativa e Câmara Municipal).

Nesse caso, como dito alhures, nada obstante o Legislativo atue atipicamente na função de julgador, a natureza jurídica de sua atividade é tipicamente político-administrativa, formalizada através da publicação de decreto legislativo¹²⁵ que verse sobre a rejeição de contas.

Destarte, publicado o decreto legislativo de rejeição das contas do Executivo pelo Legislativo passa a correr o prazo da inelegibilidade, lastreada na função auxiliar do Órgão de Contas prevista no artigo 71, inciso I, da Constituição¹²⁶.

Sendo que, por o decreto legislativo ser decisão colegiada tomada pelo corpo de integrantes do Poder Legislativo, inexistente no procedimento de seu julgamento (disciplinado pelos respectivos Regimentos Internos dos Poderes Legislativos de todas as esferas de poder), segundo a exigência do princípio da taxatividade recursal¹²⁷, a hipótese de revisão (ou reanálise) da decisão de rejeição de contas pelo próprio Legislativo a partir da provocação do Chefe do Executivo através de recurso próprio¹²⁸.

De outra forma, a celeuma se instaura a partir da competência outorgada ao Tribunal de Contas da União pelo artigo 71, inciso II, da Constituição, justamente pela previsão de sistemática recursal no âmbito de realização de sua jurisdição constitucional e, mormente, pela falta de explicitação normativa do conceito de *decisão irrecorrível* contida na inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/90.

Para então reconstrução de seu significado necessário é relembrar que a inelegibilidade por rejeição de contas, como espécie de inelegibilidade cominada¹²⁹, decorre do fato jurídico prévio da rejeição de contas por órgão competente em decisão irrecorrível. Assim é a observação de Adriano e Anderson Sant’Ana Pedra (2010, p. 15):

125 Não como instrumento normativo do artigo 59, inciso VI, da Constituição, mas como forma de exteriorização do ato político-administrativo emanado pelo Legislativo. Em doutrina Diogenes Gasparini (2008, p. 90) registra que “pelo decreto são instrumentalizados atos concretos”.

126 Assim já decidiu o Tribunal Regional Eleitoral de Goiás: TRE/GO, RECURSO DE DIPLOMACAO nº 36440, Acórdão nº 14239 de 31/03/2014, Relator(a) MARCELO ARANTES DE MELO BORGES, Publicação: DJ - Diário de justiça, Tomo 060, Data 03/04/2014, Página 4/5.

127 Princípio segundo o qual a existência dos recursos se subordina a expressa previsão legal (ASSIS, 2007, p. 78).

128 Malgrado ser possível, em atenção dos princípios constitucionais do artigo 37 da Lei Fundamental, no controle da legalidade de seus próprios atos, o exercício do poder de autotutela (bem delineado na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal), para modificação da decisão de rejeição de contas pelo Poder Legislativo, ainda que de ofício. Nessa esteira se pronunciou o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Pernambuco: Recurso Eleitoral nº 3218, Acórdão de 23/08/2012, Relator(a) VIRGÍNIO MARQUES CARNEIRO LEÃO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/08/2012.

129 Na lição de Adriano Soares da Costa (2013, p. 183) “a inelegibilidade cominada é sempre efeito de um fato jurídico ilícito, decretada por decisão judicial de eficácia preponderantemente constitutiva negativa”.

De partida, pode-se afirmar que a inelegibilidade prevista no dispositivo trasladado é efeito anexado à decisão irrecorrível de natureza não judicial, cujo conteúdo rejeita contas prestadas por quem exerceu função pública, contaminadas que estavam por irregularidade insanável.

Se, então, a inelegibilidade constitui-se como efeito anexo¹³⁰ à decisão de rejeição de contas¹³¹ (aqui, no objeto de investigação, pelo Tribunal de Contas), prolatada esta por meio de procedimento próprio¹³² para expedição final de Acórdão (*ex vi* do artigo 23 da Lei nº 8.443/92), poderia se cogitar que é partir desse fato jurídico que incide o efeito da inelegibilidade.

Outrossim, para certeza dessa afirmação, adequado é se perpassar pela própria sistemática recursal interna do Tribunal de Contas.

Colhe-se, por via de consequência, a redação dos artigos 32 a 35 da Lei nº 8.443/92:

Art. 32. De decisão proferida em processo de tomada ou prestação de contas cabem recursos de:

I - reconsideração;

II - embargos de declaração;

III - revisão.

Parágrafo único. Não se conhecerá de recurso interposto fora do prazo, salvo em razão da superveniência de fatos novos na forma prevista no Regimento Interno.

Art. 33. O recurso de reconsideração, que terá efeito suspensivo, será apreciado por quem houver proferido a decisão recorrida, na forma estabelecida no Regimento Interno, e poderá ser formulado por escrito uma só vez, pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de quinze dias, contados na forma prevista no art. 30 desta Lei.

Art. 34. Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida.

§ 1º Os embargos de declaração podem ser opostos por escrito pelo responsável ou interessado, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de dez dias, contados na forma prevista no art. 30 desta Lei.

130 Sobre os efeitos anexos da sentença, que na necessidade de completude do ordenamento jurídico pode se estender para aqui na jurisdição constitucional do Tribunal de Contas, Rafael Calmon Rangel (2014, p. 148) indica que são “consequências previstas unicamente em lei, que decorrem da prolatação de sentença como verdadeiros reflexos automáticos, simplesmente por existir como ato estatal, dos quais ela opera como elemento de suporte fático”.

131 Exatamente esse é o pensamento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2009, p. 490).

132 Da Tomada de Contas Especial.

§ 2º Os embargos de declaração suspendem os prazos para cumprimento da decisão embargada e para interposição dos recursos previstos nos incisos I e III do art. 32 desta Lei.

Art. 35. De decisão definitiva caberá recurso de revisão ao Plenário, sem efeito suspensivo, interposto por escrito, uma só vez, pelo responsável, seus sucessores, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de cinco anos, contados na forma prevista no inciso III do art. 30 desta Lei, e fundar-se-á:

I - em erro de cálculo nas contas;

II - em falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado a decisão recorrida;

III - na superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida.

Parágrafo único. A decisão que der provimento a recurso de revisão ensejará a correção de todo e qualquer erro ou engano apurado.

Pela leitura dos dispositivos supramencionados percebe-se que no âmbito da jurisdição do Tribunal de Contas o recurso de reconsideração possui efeito suspensivo, enquanto o recurso de revisão não o possui.

Calha dizer que, em conformidade com o magistério de Flávio Cheim Jorge (2006, p. 290), “não é o recurso que cria o estado de ineficácia da decisão. Este já advém da própria lei, mesmo antes da interposição do recurso apontado como correto. Prolonga-se, assim, uma situação que já existia”. Logo, o efeito suspensivo impede a produção dos efeitos próprios do provimento. Nessa trilha é válido citar o magistério de Araken de Assis (2007, p. 234):

Segundo certa opinião, a suspensão respeita à recorribilidade do provimento, jamais decorrendo da interposição, em si, do recurso porventura cabível. Não é a partir da interposição que os efeitos ficam inibidos, como se produzissem até esse momento. Na verdade, a simples previsão legal do recurso dotado desse efeito já inibe a eficácia do ato decisório, antes mesmo da efetiva interposição, que tão-só prolonga semelhante ineficácia, que cessaria se não e interpusesse o recurso. Também se afirma que não há efeito suspensivo, mas ineficácia originária do provimento.

A par dessas premissas, não se pode dizer que é a partir da decisão que rejeita as contas que incide o efeito anexo da inelegibilidade, porque tal decisão, frente à possibilidade de interposição de recurso de reconsideração, não é dotada de eficácia imediata. Destarte, a melhor exegese que se faz da norma (do artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei de Inelegibilidades) é para reconhecer que decisão irrecurável é aquela que possa produzir efeitos jurídicos imediatos¹³³, sendo a

133 De mais a mais, por argumentação, o conceito de coisa julgada administrativa elencado por Diogenis Gasparini (2008, p. 540) como “quando inexistente, no âmbito administrativo, possibilidade de reforma da decisão”,

atribuição de efeito suspensivo a recurso que lhe possa desafiar a tônica central para tal auferimento.^{134 135} Nesse mesmo sentido salienta Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2009, p. 493): “Um dos atributos da decisão irrecorrível é a sua efetividade, possibilidade de operar efeitos concretos no mundo jurídico”.

Em relação aos embargos de declaração, na avaliação dessa compreensão, deve ser dito que mesmo que o §2º, do artigo 34, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, indique a existência de efeito suspensivo quando da sua oposição, a análise dos efeitos do dito recurso deve ser melhor feita à luz da redação da norma e do ordenamento jurídico, servindo-se, para tanto, da técnica de interpretação teleológica e sistemática.

Por conseguinte, mesmo que o §2º, do artigo 34, da Lei nº 8.443/92, diga que o recurso é recebido no efeito suspensivo, a aferição da tal característica não deve ser feita em relação aos embargos, mas sim quanto ao recurso previsto em Lei próprio para atacar a decisão embargada.

Tanto é que o próprio §2º, do artigo 34, da Lei nº 8.443/92, apregoa que há suspensão do prazo para o recurso de revisão e reconsideração, dando a entender que o mesmo é oponível tanto contra o Acórdão que julga a Prestação de Contas, como contra o Acórdão que julga o recurso de revisão e o recurso de reconsideração.

Acompanhando, então, a sistemática legal, somente é dotado de efeito suspensivo (no sentido de impedir a eficácia imediata da decisão embargada) os embargos de declaração opostos contra o acórdão que julga as contas, pois o recurso próprio a desafiar o decisum é o recurso de reconsideração, dotado, invariavelmente, de efeito suspensivo¹³⁶.

Por fim, pela necessidade de sua remissão, para fechar o tempo de duração da inelegibilidade por rejeição de contas, no que tange ao seu termo final, o artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/90, diz em sua parte final que a inelegibilidade se estende “para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão”.

deve, na observação de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2009, p. 466-467), ser visto com reservas, já que pelo poder de autotutela, em atenção ao princípio da legalidade esculpido no artigo 37 da Constituição, bem como pela possibilidade de revisão da decisão do Tribunal de Contas pelo Poder Judiciário ante a cláusula de inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição), possível é a modificação da Decisão do Tribunal de Contas, ainda que exauridos os recursos cabíveis no seu tramite administrativo.

134 Seguindo em linha simétrica essa posição a jurisprudência do Colendo Tribunal Superior Eleitoral: Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 10402, Acórdão de 08/11/2012, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 8/11/2012.

135 Em sentido oposto José Jairo Gomes (2010, p. 170), defende que decisão irrecorrível é a “decisão final, irretroatável, da qual não caiba mais recurso visando sua modificação”.

136 É exatamente essa a orientação estratificada e torrencial do Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 1108395, Acórdão de 20/10/2011, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 209, Data 04/11/2011, Página 21.

Sendo o início do computo da inelegibilidade feito a partir da decisão dotada de aptidão para produzir efeitos jurídicos imediatos, a partir da mesma é que se começa a fluir o prazo da inelegibilidade de 08 anos, contado na forma do artigo 132 do Código Civil¹³⁷.

5. CONCLUSÃO.

Os direitos políticos afiguram-se, na estrutura dogmática da Constituição, como princípios de organização do poder soberano do povo, sendo o âmbito de conformação normativa de seu conteúdo realizado pelo direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e de ser votado (capacidade eleitoral passiva), previstos no artigo 14 da Lei Maior.

Entretantes, embutido pela defesa subjacente dos princípios da probidade e moralidade administrativa, bem como normalidade e legitimidade do pleito, foi que a própria Constituição, em seu artigo 14, §9º, outorgou cláusula de reserva legal para restrição da capacidade eleitoral passiva, pela criação pelo Legislador infraconstitucional de hipóteses de inelegibilidade.

Foi assim que sobreveio a Lei Complementar nº 64/90, sofrendo suas disposições ulteriores modificações pela Lei Complementar nº 135/2010 (denominada Lei da Ficha Limpa), estando lá elencada a inelegibilidade por rejeição de contas, decorrente de decisão irrecorrível por órgão competente.

Na trilha da inevitável trajetória entre o direito como fonte e a norma como produto da atividade interpretativa, foi que para reconstrução do significado de *decisão irrecorrível* foi percorrida a jurisdição constitucional do Tribunal de Contas estabelecida na Constituição, como também a Lei Orgânica que o regulamenta.

A toda evidência, a inelegibilidade por rejeição de contas, capitulada no artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/90, decorre do fato jurídico prévio da rejeição de contas por órgão competente, podendo este ser o Poder Legislativo no caso do exame das Contas do Chefe do Executivo (a par da sistemática de função de auxílio do órgão de Contas no artigo 71, inciso I, da Constituição), ou mesmo o próprio Tribunal de Contas, no caso da realização da jurisdição constitucional do artigo 71, inciso II, da Norma Fundamental.

Exatamente nessa última hipótese é que se estabeleceu a celeuma em torno do preenchimento do conteúdo semântico da expressão *decisão irrecorrível*.

Isso ocorre porque a Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas), que define seu procedimento, é silente a respeito, de modo que para exatidão da identificação do seu conceito foi feita a filtragem constitucional sobre seu

137 Assim deliberou o Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 5163, Acórdão de 21/03/2013, Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 099, Data 28/5/2013, Página 37.

dispositivo e olhar sistemático em torno de seu arcabouço recursal, para concluir que decisão irrecorrível é aquela que tem aptidão para produzir efeitos imediatos, independentemente do exaurimento (ou não) da via recursal interna no âmbito do Tribunal de Contas.

De toda a forma, a inelegibilidade tratada é efeito anexo à decisão de rejeição de contas por órgão competente. Isso quer dizer que não é a Justiça Eleitoral, nesse caso, o Órgão competente para a constituição da inelegibilidade.

Por isso é que compete à Justiça Eleitoral, na fase do processo eleitoral em sentido amplo¹³⁸, quando do registro de candidaturas, consoante discriminação do artigo 10 da Lei nº 9.504/97, fazer essa aferição, sendo o conteúdo de sua decisão eminentemente declaratório¹³⁹.

De mais a mais, a mera rejeição de contas não constitui por si só a hipótese de inelegibilidade contida no artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/90, cumprindo à Justiça Eleitoral, quando do registro de candidatura, identificar todos seus requisitos cumulativos¹⁴⁰ a partir da própria decisão de rejeição de contas, definindo, de todo modo, também o espaço de tempo da não realização da capacidade eleitoral passiva, sendo a fixação da restrição do direito fundamental (direitos políticos) de modo temporário o ponto de harmonização proporcional do limite do limite para sua mitigação.

6. REFERÊNCIAS.

ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. 1ª ed. RT: São Paulo, 2007.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 7ª. ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. 8ª. ed. Paz e Terra: São Paulo, 2002.

_____. Teoria Geral do Direito. 1ª. ed. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 15ª. ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

138 Sobre as fases do processo eleitoral em sentido *latu*, indicamos (2013, p. 42-43) que a mesmas se iniciam com o alistamento eleitoral, finalizando-se com a diplomação dos eleitos, perpassando, ao próximo início de tudo, ao registro de candidatos.

139 Nesse sentido é a doutrina de Adriano Soares da Costa (2013, p. 212) e de José Jairo Gomes (2010, p. 246).

140 Na lição de Marino Pazzagli Filho (2014, p. 37), são requisitos cumulativos da inelegibilidade por rejeição de contas: “1. Rejeição de contas por irregularidade que constitua vício insanável; 2. Vício insanável que configura ato doloso de improbidade administrativa; 3. Irrecorribilidade da decisão proferida pelo órgão competente; e 4. Inexistência de provimento que anule ou suspenda a inelegibilidade”.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Lei Complementar nº 64/1990. Brasília. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Lei Complementar nº 135/2010. Brasília. 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Lei nº 4.320/1964. Brasília. 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Lei nº 8.443/1992. Brasília. 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Brasília. 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC 2085 MC, rel. Min. MENEZES DIREITO, DJe 18-12-2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 614 MC, rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJe 18-05-2001. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3307, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 29-05-2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 144, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 26-02-2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 30586, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 14-11-2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Goiás. Recurso de Diplomação nº 36440, rel. MARCELO ARANTES DE MELO BORGES, DJe 03/04/2014. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Pernambuco. Recurso Eleitoral nº 3218, rel. VIRGÍNIO MARQUES CARNEIRO LEÃO, DJe 23/08/2012. Disponível em: <

<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 20 de junho de 2015

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 15085, rel. Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, DJe 01/04/2013. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 19051, rel. Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, DJe 25/03/2013. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 10402, rel. Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, DJe 8/11/2012. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 1108395, rel. Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, DJe 04/11/2011. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 5163, rel. Min. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO, DJe 28/5/2013. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. ed. Almedina: Rio de Janeiro, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

CASTRO, José Nilo de Castro. Julgamento das Contas Municipais. 2ª ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2000.

DA COSTA, Adriano Soares. Instituições de Direito Eleitoral. 9ª ed. Fórum: Belo Horizonte, 2013.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Tribunais de Contas no Brasil. 1ª ed. Dialética: São Paulo, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 1ª. ed. RT: São Paulo, 2007.

FERREIRA, Luiz Pinto. Princípios gerais do direito constitucional moderno. 6ª. ed. Saraiva: São Paulo, 1983.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 13ª ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

- GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- JACOBY, Jorge Ulisses. Tomada de Contas Especial. 4ª ed. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2009.
- JORGE, Flávio Chein. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 2ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.
- JORGE, Helio Maldonado. MALDONADO, Helio Deivid Amorim. Lei Eleitoral Comentada. 1ª ed. Helios Editora: Vitória, 2012.
- MALDONADO, Helio Deivid Amorim. Potencialidade lesiva nas ações eleitorais. In: Revista Estudos Eleitorais. V. 8, n. 3. ed. Tribunal Superior Eleitoral: Brasília, 2013.
- _____. Da possibilidade jurídica de revisão de acórdão condenatório de Tribunal de Contas. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/33210/da-possibilidade-juridica-de-revisao-de-acordao-condenatorio-de-tribunal-de-contas>>. Acessado em: 20 de junho de 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo. 2ª ed. Max Limonad: São Paulo, 2000.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Inelegibilidade Comentada. 1ª ed. Editora Atlas: São Paulo, 2014.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. A Constituição viva. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. PEDRA, Anderson Sant'Ana. A inelegibilidade como consequência da rejeição de contas. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; AGRA, Walber de Moura (org). Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas. 1ª ed. OAB: Brasília, 2010.
- PETTER, Lafayette Josué. Direito Financeiro. 6ª ed. Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2011.
- QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos Fundamentais. 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2002.
- RANGEL, Rafael Calmon. Pedidos implícitos e efeitos anexos da sentença. In: Revista Forense. V. 419. Revista Forense: São Paulo, 2014.
- SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª ed. RT: São Paulo, 1990.
- KELSEN, Hans. A democracia. 1ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

4

INELEGIBILIDADE DECORRENTE DA SIMULAÇÃO DE DESFAZIMENTO DE VÍNCULO CONJUGAL OU UNIÃO ESTÁVEL: UMA PROPOSTA DE ENCONTRO DA TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA À TUTELA DO DIREITO MATERIAL

Adriano Soares da Costa¹⁴¹

Helio Deivid Amorim Maldonado

1. DA INTRODUÇÃO DA INELEGIBILIDADE POR CONDENAÇÃO DECORRENTE DA SIMULAÇÃO DE DESFAZIMENTO DE VÍNCULO CONJUGAL OU UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO ELEITORAL.

A Lei Complementar nº 135/2010 consagrou vitória da democracia participativa^{142,143}, ao, na autorização do artigo 14, inciso III, da Constituição Federal

141 Advogado. Ex-Juiz do TREAL. Professor e autor de livro e artigos jurídicos.

142 A democracia participativa e representativa são dimensões do princípio democrático, em que no primeiro caso o exercício do poder soberano é realizado diretamente pelo povo, e no segundo caso esse poder é realizado indiretamente por representantes eleitos (CANOTILHO, 2003, p. 288).

143 Em expressão linearmente igual ao que propalada aqui diz DEMETERCO NETO (2008, p. 26) que: “A Constituição brasileira baseando-se no exemplo de países com práticas democráticas historicamente sólidas – como pode se verificar no parágrafo único do seu artigo 1º que estabelece o poder político deriva do povo, o qual, por sua vez, o coloca em prática de forma indireta ou por representantes escolhidos mediante um processo eleitoral – adotou uma democracia indireta e formal, complementada por alguns institutos da democracia participativa utilizáveis pela população em processos decisórios”.

(operacionalizado pela Lei nº 9.709/1998), encampar projeto de lei de iniciativa popular, capitaneado, principalmente, dentre outros segmentos sociais, pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE)¹⁴⁴.

Tal atitude legislativa veio a dar (a tão esperada) eficácia plena¹⁴⁵ à primeira parte do artigo 14, §9º, da Lei Fundamental, que explicita cumprir ao veículo normativo da Lei Complementar, ao lado das restrições à capacidade eleitoral passiva contidas nos §§4º *usque* 7º, do mesmo dispositivo condicional (leia-se, inelegibilidades¹⁴⁶), estabelecer “outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato”.

Tomando assim em relevo a vida pregressa do candidato, as modificações implementadas na Lei Complementar nº 64/1990 (denominada “Lei das Inelegibilidades”), pela Lei Complementar nº 135/2010 (assim acunhada de “Lei da Ficha Limpa”), procuraram escrutinar previamente por opção legislativa a aptidão de o cidadão exercer mandato eletivo¹⁴⁷, considerada a finalidade subjacente de proteção dos axiomas da probidade e moralidade para a investidora no cargo¹⁴⁸.

Dentre essas novéis inelegibilidades trazidas ao universo jurídico eleitoral pela Lei da Ficha Limpa, encontra-se aquela positivada no artigo 1º, inciso I, alínea “n”, da Lei de Inelegibilidades, que descreve em seu conteúdo semântico que são inelegíveis para todos e quaisquer cargos eletivos aqueles que “forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8

144 Sobre esse movimento histórico para a democracia brasileira ver o relato de corpo presente de Marlón Reis (2012, 42-54). De mais a mais, cumpre registrar que ao curso da égide da Constituição de 1988 esse foi apenas e tão somente o 2º projeto de lei de iniciativa popular transformado em lei pelo Congresso Nacional.

145 Conclusão exposta pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144, devendo ser dito que na remissão de Alexandre de Moraes (2008, p. 12) as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva aplicabilidade”.

146 Como bem anota Adriano Soares da Costa (2013, p. 176) a inelegibilidade “em sentido lato, é a situação de inexistência do direito de ser votado”.

147 Na inteligência de Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Chein Jorge (2014, p. 70): “É sob essa premissa que surgem as inelegibilidades, ou seja, são situações jurídicas criadas pelo legislador constitucional e infra-constitucional que servem de filtros para o exercício da capacidade eleitoral passiva”.

148 Sobre a função normogenética dos princípios irradiados em direitos fundamentais na Constituição em decorrência de sua própria locação no eixo gravitacional do ordenamento jurídico ver nossos registros no Artigo: “Assento constitucional do rol de condutas vedadas, taxatividade de suas disposições e plasticidade do abuso de poder político no ordenamento jurídico” (MALDONADO, 2015, p. 127-132).

(oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude”¹⁴⁹.

Destarte, surge como inelegibilidade cominada o efeito anexo da decisão judicial, transitada ou não em julgado, que, pelo verbo literal empregado na norma, tenha conteúdo “condenatório” a respeito da simulação do desfazimento de vínculo conjugal ou união estável, tudo com vistas ao afastamento espúrio da inelegibilidade reflexa derivada de matrimônio e união estável, disposta no §7º, do artigo 14, da Constituição Federal.

Isto é, sendo a inelegibilidade uma restrição autorizada constitucionalmente ao exercício da capacidade eleitoral passiva¹⁵⁰, tolhidos serão aprioristicamente de participação no processo político de democracia representativa¹⁵¹ todos aqueles “condenados” outrora pelo ilícito eleitoral alhures.

Na materialização desse impedimento, ante a consideração do processo eleitoral na sua acepção ampla se desenvolver em diversas fases concatenadas e interdependentes¹⁵², deve ser visto que na etapa do registro de candidatura, atividade essa originariamente administrativa jurisdicionalizada pela Justiça Eleitoral (em processo de jurisdição voluntária)¹⁵³, o aspirante a mandato eletivo, no momento da apresentação de seu registro, na conformidade do artigo 11, §10, da Lei nº 9.504/1997, deve demonstrar o preenchimento das condições de elegibilidade (previstas no artigo 14, §3º, da Constituição) e requisitos de registrabilidade (dispostos no artigo 11, §1º, da Lei das Eleições), além de não incidir em hipóteses de inelegibilidade (elencadas nos §§ 4º a 7º, da Constituição, e artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990), obtendo ao final decisão constitutiva

149 Já chancelada sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 29 e 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1578.

150 Sobre a restrição de direitos fundamentais, é de se colacionar a lição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 145): “pode-se definir a intervenção na área de proteção de um direito fundamental como ação ou omissão do Estado que: a) impossibilite, em parte ou totalmente, um comportamento correspondente a um direito fundamental (comportamento abrangido pela área de proteção do referido direito); e; b) ligue ao seu exercício uma consequência jurídica negativa mediante uma proibição acompanhada de sanção”. Destarte, a intervenção sobre os direitos fundamentais decorre da própria justificação constitucional, tomando-se em conta a complexa relação entre as normas constitucionais que outorgam direitos fundamentais, podendo, a toda evidência, a restrição decorrer da própria Constituição (restrição imediata) ou por reserva legal (restrição mediata) ser disciplinada pela legislação infraconstitucional.

151 Na inteligência de Adriano Pedra (2012, p. 157) a democracia representativa “é aquela em que o povo, fonte primária do poder, elege periodicamente seus representantes, que exercem o governo em seu nome”.

152 Na exegese do artigo 16 da Constituição Federal, que positiva o princípio da anualidade da lei eleitoral, o Supremo Tribunal Federal, em referência às Eleições de 2010, ano de edição da Lei Complementar nº. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), entendeu, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 633703, que a expressão processo eleitoral é encarada em sentido jurídico material, relaciona ao conjunto de atos jurídicos eleitorais que se sucedem no tempo e no espaço numa cadeia sucessivamente dependente.

153 A respeito do sentido e alcance da expressão processo eleitoral *latu sensu* ver a doutrina de RODRIGUES e JORGE (2014, p. 302). Em sentido muito similar, sobre a natureza jurídica do processo de prestação de contas de campanha eleitoral, é o nosso trabalho: “Da natureza jurídica do processo de prestação de contas final de campanha eleitoral” (MALDONADO, 2016).

do fato jurídico da candidatura.

Impugnado o pedido de registro de candidatura por todos aqueles legitimados intervenientes diretos no processo eleitoral¹⁵⁴, elencados no artigo 3º da Lei de Inelegibilidades, com a dedução de causa de pedir que se relacione à inelegibilidade em questão, instaura-se, em conexão¹⁵⁵, o litígio eleitoral, num conflito de pretensões resistidas, perpassando a natureza jurídica do processo de registro de jurisdição voluntária para contenciosa¹⁵⁶, para ao final ser emitida sentença declaratória da presença da inelegibilidade progressa¹⁵⁷.

Nessa perspectiva, de que a decisão judicial que decide a impugnação a registro de candidatura é de conteúdo eminentemente declaratório de inelegibilidade constituída anteriormente, a celeuma que se instaura decorre da compreensão que dado o princípio da tipicidade das ações eleitorais¹⁵⁸, certo é que nessa seara do direito processual eleitoral para cada crise do direito material tangenciado existe uma técnica processual específica e adequada para sua perquirição¹⁵⁹.

E, no arcabouço normativo desse micro sistema processual eleitoral, ditado pela Constituição, pelo Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), pela Lei das Inelegibilidades e pela Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), necessária a identificação do(s) instrumento(s) processual(s) idôneo(S) à materialização pré-constituída da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea “n”, da Lei Complementar nº 64/1990, como própria forma de garantia da máxima efetividade do direito fundamental de ação (no caso a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura), previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental, dentro da perspectiva da razoável duração do processo esculpida no inciso LXXVIII da mesma norma.

154 Dada a própria tutela de interesse difuso pelo direito eleitoral, na matriz do artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

155 Na forma do artigo 55 do novo CPC.

156 Assim é o pensamento de RODRIGUES e JORGE (2014, p. 302 e 306) e GOMES (2016, p. 335).

157 No magistério de PAZZAGLINI FILHO (2014, p. 79):

“A propositura de ação eleitoral de impugnação ao pedido de registro de candidatura – AIRC tem por objetivo impedir o registro de da candidatura do impugnado por não ostentar uma ou mais condições de elegibilidade ou existência de causa de inelegibilidade.

Assim, o pedido de AIRC consiste em declarar a ausência de condição de elegibilidade ou a existência de inelegibilidade preexistente, impedindo a pretensão do impugnado de participar da eleição.

Logo, na AIRC não se decreta a inelegibilidade, mas somente se declara a inelegibilidade existente”.

158 Sobre o princípio da tipicidade das ações eleitorais salutar é o trabalho de RODRIGUES e JORGE (2014, p. 286-288).

159 TSE, Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança nº 692, Acórdão de 27/04/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 96, Data 24/05/2010, Página 53.

2. DO CONTORNO JURÍDICO DA INELEGIBILIDADE DECORRENTE DA SIMULAÇÃO DE DESFAZIMENTO DE VÍNCULO CONJUGAL OU UNIÃO ESTÁVEL.

Buscando formar corpos administrativos estáveis, sobreveio pela Emenda Constitucional nº 16/1997 nova redação ao §5º, do artigo 14, da Constituição Federal, para estabelecer o instituto da reeleição, permitindo-se ao Chefe do Poder Executivo, de todas as esferas de Poder, a continuidade do exercício da governança durante o período eleitoral para a disputa subsequente do mesmo mandato.

Quadra destacar que tal inovação feita pelo poder constituinte derivado é inédita no nosso sistema político constitucional, havendo até então, conforme notícia GOMES (2010, p. 137), “temor de que o mandatário supremo da nação pudesse perpetuar-se no comando do Estado, o que poderia ser alcançado com exercício de sucessíveis mandatos”.

A toda evidência, depreende-se da regra restritiva em questão que “os chefes do Poder Executivo podem exercer apenas dois mandatos consecutivos” (PAZZAGLINI FILHO, 2014, p. 18).

Proporcionalmente assim está harmonizado, num fundamento político balanceadamente equilibrado entre a manutenção da administração bem sucedida no poder e o perigo decorrente da sua perpetração do tempo, a *contrario sensu*, a inelegibilidade relativa à proibição do exercício do terceiro mandato consecutivo para o mesmo cargo do Executivo¹⁶⁰.

Trata-se de espécie de inelegibilidade inata, compreendida essa, na inteligência de DA COSTA (2013, 177), como a decorrente de consequente normativo de fato jurídico antecedente. Outrossim, diferentemente da inelegibilidade cominada por prática no antecedente normativo ilícito, essa (a inata) precede a prática de ato lícito, “sem natureza sancionatória, mas apenas preventiva do equilíbrio da disputa”¹⁶¹, sendo relativa, porque se refere à um impedimento externo à pessoa, impulsionada “em razão do cargo que ocupe, do parentesco que tenha, da função que exerce” (RODRIGUES e JORGE, 2014, P. 72).

Ao seu lado, no intuito exato de impedir o desvencilhamento da restrição à capacidade eleitoral passiva, pela perpetração no poder executivo de um mesmo núcleo familiar, é que nessa mesma esteira dispõe o § 7º, do artigo 14, da Constituição Federal:

160 TSE, Consulta nº 32289, Acórdão de 03/05/2016, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 107, Data 06/06/2016, Página 14.

161 Tal entendimento, de classificação científica enumerativa, é bem encampado por toda a doutrina nacional, como se vê em RODRIGUES e JORGE (2014, p. 71) e PAZZAGLINI FILHO (2014, p. 20).

“São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.”

Ontologicamente a inelegibilidade inata relativa também reflexa do cônjuge tem por finalidade, a uma, evitar o apoderamento do poder, e, a duas, o emprego intuitivo da máquina pública em favor da campanha do seio familiar¹⁶².

Contextualizando a locução semântica do seu texto ao presente, inclui-se no âmbito normativo da inelegibilidade disposta no §7º, do artigo 14, da Lei Fundamental, além do laço afetivo formado pelo casamento (disposto no artigo 1.511 e seguintes do Código Civil), a união estável, dada a força normativa da Constituição¹⁶³, que como projeto político-normativo, dentre outros consensos mínimos à vivência em sociedade, pela própria mutação constitucional (precisamente pela Emenda Constitucional nº 65/2010), abarcou essa identificação no alcance da família, normogeneticamente também reconhecida a nível infraconstitucional no concubinato, disposto no artigo 1.727 do Código Civil, quando exatamente houver “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”.

Não sendo demasia dizer que, haja vista como bem apontou De Farias (2012, p. 55), pela própria alocação da família contemporânea, que tem no seu ponto comum de convergência o referencial do afeto, marcado esse pela liberdade de autodeterminação (artigo 5º da Constituição) e primazia da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição), praticando então interpretação conforme a Constituição o Supremo Tribunal Federal já reconheceu¹⁶⁴ que se insere no próprio alcance da norma programática supracitada a proteção da tutela jurídica das relações homoafetivas.

Sendo exatamente essa a exegese defluida pelo Tribunal Superior Eleitoral, que acertadamente açoita de maneira amplíssima a compreensão de sentido e alcance da norma do § 7º, do artigo 14, da Constituição, para carimbar no seu âmbito normativo as relações familiares decorrentes do casamento, de união

162 Assim é o pensamento de RODRIGUES e JORGE (2014, p. 77-78), GOMES (2016, p. 216), e PAZZAGLINI FILHO (2014, p. 21).

163 Sobre a força normativa da Constituição e sua aptidão de conteúdo de normas cogentes de integração do ordenamento jurídico é a posição de Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 228).

164 Quando do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

estável, quer seja heterossexual¹⁶⁵ ou homossexual¹⁶⁶, e de concubinato¹⁶⁷.

Cumpra destacar que essa inelegibilidade reflexa do cônjuge e/ou parceiro é inata relativa, porque decorrente circunstancialmente da situação jurídica do postulante ao registro de candidatura. Isso quer dizer que finda essa condição, elegível está o cidadão.

Nesse diapasão, por uma necessidade analógica de completude do ordenamento jurídico, todas essas sociedades conjugais (decorrentes do vínculo do matrimônio, união estável ou concubinato) considerar-se-ão findas, naquilo que lhes couber por especialidade, diante das mesmas hipóteses descritas no artigo 1.571 do Código Civil, a saber: I - pela morte de um dos cônjuges, ainda que decorrente de sua presunção pela ausência¹⁶⁸; II - pela nulidade ou anulação do casamento, após decisão judicial nesse sentido¹⁶⁹; III - pela separação judicial, após deflagração de processo¹⁷⁰; IV - pelo divórcio¹⁷¹, judicial, por decretação em sentença, quando preexistente a separação judicial por mais de um ano, ou preexistir separação de fato por mais de dois anos, podendo ainda, independentemente do tempo da separação de fato, a dissolução do vínculo ocorrer extrajudicialmente.

Devendo ser a esse respeito, de importância, dito que pelas premissas de abstração, generalidade e imperatividade, elencadas no artigo 103-A da Carta Magna, pelos termos inequívocos da Súmula Vinculante nº 18 do Supremo Tribunal Federal, “a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º, do artigo 14, da Constituição Federal”, cuja a razão de decidir dos precedentes que lhe deram origem aponta para a “preocupação de inibir que a dissolução fraudulenta ou simulada de sociedade conjugal seja utilizada como mecanismo de burla à norma da inelegibilidade reflexa” em comento¹⁷².

165 TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 20680, Acórdão de 27/11/2012, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Relator(a) designado(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/11/2012.

166 TSE, RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 24564, Acórdão nº 24564 de 01/10/2004, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/10/2004 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 17, Tomo 1, Página 234.

167 TSE, CONSULTA nº 1573, Resolução nº 22784 de 05/05/2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 02/06/2008, Página 07 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 212.

168 A partir da declaração judicial do artigo 22 do Código Civil.

169 Nas hipóteses e procedimento dos artigos 1.548 a 1.564 do Código Civil.

170 Pelos motivos previstos no artigo 1.572 do Código Civil, e procedimento dos artigos 731 a 733 do novo CPC.

171 Pelos motivos previstos no artigo 1.580 do Código Civil, e procedimento dos artigos 731 a 733 do novo CPC.

172 Como precisamente no STF pelo RE 758461, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

E foi justamente tomando em conta essa possibilidade que a Lei Complementar nº 135/2010 fixou no artigo 1º, inciso I, letra “n”, da Lei Complementar nº 64/1990, a inelegibilidade decorrente da simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável¹⁷³.

Sendo remota¹⁷⁴ ou corriqueira essa ocorrência no mundo fenomênico, certo é que, pelo problema aqui desenvolvido, considerando que a redação da norma supramencionada dita que a inelegibilidade será decorrente de condenação “em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável”, a inelegibilidade que restringir o exercício da capacidade eleitoral passiva será a cominada¹⁷⁵ potenciada¹⁷⁶, estabelecida como o efeito anexo da decisão judicial¹⁷⁷ que sancione a prática de ato ilícito, sendo exatamente este a “simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável”¹⁷⁸.

E assim o sendo, ante o princípio da tipicidade das ações eleitorais, que estabelece a existência de tutela processual específica ao guarnecimento da aplicabilidade do direito material eleitoral, a problemática aqui apresentada é voltada ao encontro exato dessa tutela no âmbito do ordenamento jurídico eleitoral. Isto é, na exegese do artigo 1º, inciso I, letra “n”, da Lei Complementar nº 64/1990, qual é a ação(s) nominada(s) dentro daquelas positivadas no direito processual eleitoral que deve(m) preceder a decisão alegadamente condenatória sobre o

173 Esse também é o apontamento de GOMES (2016, p. 264).

174 Como assim denuncia PAZZAGLINI FILHO (2014, p. 54-55), pois, a uma, a sociedade conjugal termina nas exatas hipóteses do artigo 1.571 do Código Civil. A duas, porque a dissolução do vínculo conjugal ou união estável ao curso do mandato não elide a inelegibilidade reflexa, conforme referenciada Súmula Vinculante nº 18. E, a três, “se a dissolução da sociedade ou vínculo conjugal acontecer no curso do primeiro mandato do chefe do Poder executivo e esse renunciar nos últimos seis meses anteriores ao pleito, o seu ex-cônjuge ou ex-companheira se torna elegível”.

175 Para melhor explicitação, como nas palavras de DA COSTA (2013, p. 188-191): “a inelegibilidade cominada é a sanção imposta pelo ordenamento jurídico, em virtude da prática de algum ato ilícito eleitoral – ou de benefício dele advindo –, consistente na perda da elegibilidade ou na impossibilidade de obtê-la. Há perda, quando se corta, cerce, pelo cancelamento do registro, a elegibilidade que se adquiriu, dada a prática ou benefício obtido de algum ato escapelado pelo direito positivado; há obstáculo-sanção, quando o ordenamento especifica um determinado trato de tempo no qual o nacional fica impossibilitado de vir a registrar-se, como apenamento (=cominação de pena; sanção) decorrente de ato ilícito”. Nessa mesma visão é doutrina de RODRIGUES e JORGE (2014, p. 71) e PAZZAGLINI FILHO (2014, p. 20).

176 A inelegibilidade cominada pode ser (DA COSTA, 2016, p. 189 e 191) simples para “a eleição na qual foi declarada a prática do ato reprochado como ilícito (...), impedindo a sua candidatura, ou sua diplomação, ou exercício do seu mandato obtido por meio ilícito”, ou mesmo potenciada para por “amarras à obtenção do direito de ser votado”, decorrendo tanto da prática de ato ilícito eleitoral ou não, devidamente, em ambos os casos, assim taxados em provimento jurisdicional.

177 Na inteligência de RANGEL (2014, p. 419): “Os efeitos anexos, de forma diferente, não são providências consideradas pedidas, mais sim aquelas consequências previstas unicamente em lei, que decorre da prolatação da sentença como verdadeiros reflexos automáticos, simplesmente pelo fato de existir como ato estatal”.

178 TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 39723, Acórdão de 21/08/2014, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 166, Data 05/09/2014, Página 79.

desfazimento simulado de vínculo conjugal ou união estável, e instruir a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (cujo procedimento encontra-se no artigo 3º e seguintes da Lei de Inelegibilidades) como prova pré-constituída.

Para tanto é de se reconhecer a inevitável trajetória entre texto e norma, constituindo aquele um dado de entrada à interpretação jurídica, sendo essa o produto da atividade interpretativa do interprete, feita ao compasso da argumentação¹⁷⁹¹⁸⁰, esmiuçada pelo constituinte originário elaborador da Constituição Cidadã de 1988 no dever de fundamentação preconizado pelo artigo 93, inciso IX, repetidamente colocado a contrário senso no artigo 489, §1º, no novo Código de Processo Civil.

É exatamente assim, como no sentido e alcance normativo da decisão condenatória que tem como efeito anexo a inelegibilidade cominada potenciada em estudo, porque recortada a estrutura formal da norma jurídica, e extraído o conceito jurídico em análise (a decisão condenatória), esse elemento componente da hipótese antecedente¹⁸¹ é carecedor de interpretação¹⁸². Ou seja, cumpre investigar qual é o verdadeiro conceito jurídico de decisão condenatória pretérita para fins da inelegibilidade por desfazimento simulado de vínculo conjugal ou união

179 Nesse caminhar também é o pensamento de ÁVILLA (2007, p. 30) ao explicitar que “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí afirmar-se que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação e as normas, no seu resultado”.

180 Nas palavras de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015, p. 91):

“A dissociação entre disposição (ou texto legal) e norma é resultado da percepção de que a atividade de interpretação requer juízos valorativos no momento da definição das diretivas de interpretação e da consideração de elementos relacionados com a própria disposição, e que o resultado-interpretação é uma “opção” entre as interpretações extraíveis do texto. Ou seja, a dissociação entre texto e norma supõe que a atividade de interpretação não é de mera descoberta, destituída de qualquer valoração e que o resultado-interpretação não constitui mera declaração, como pretendia o formalismo interpretativo e entendiam as teorias clássicas de jurisdição (Humberto Ávila, Teoria dos princípios).

Daí por que o desenvolvimento da teoria da interpretação exigiu o auxílio da teoria da argumentação. (...) A interpretação não se contenta com a mera atribuição de significado ao texto legal, sem se importar com qual seja ele, mas requer um significado justificado ou ao menos justificável, exigindo, por consequência, a apresentação de razões que confirmam ao significado uma relativa correção.”

181 Em BOBBIO (2005, p. 69102) a estrutura da norma jurídica, em seu aspecto formal, é uma proposição prescritiva que traz um imperativo hipotético em seu conteúdo, distinguindo-se esse entre positivo e negativo, incutindo, no primeiro caso, um fazer no seu destinatário, sob pena de ter como acoitado de inválido o meio realizado para seu fim colimado. No segundo caso, é imposto um não fazer, que, realizado, enseja a incidência de um conseqüente normativo, geralmente traduzido por uma sanção.

182 Como nas palavras de Frederich Muller (2000, p. 61): “Conceitos jurídicos no texto da norma fornecem apenas em determinados casos (no âmbito da norma gerado pelo direito, como e.g. em prazos, datas e prescrições meramente processuais) descrições factuais do que é referido [des Gemeinten]; via de regra eles evocam apenas enquanto conceitos sinalizadores e concatenadores o que se pensa como correspondência na realidade social. O texto da norma não “contém” a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro.

estável, dentre aqueles múltiplos possíveis.

E a interpretação, como forma de produção da norma jurídica, respaldada na argumentação, como legitimação (intrínseca e extrínseca) através da fundamentação, necessita ainda da aplicação, pois “não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 90). Exatamente por tal razão é que Frederich Muller (2000, p. 61 e 63) propala a concretização em vez de interpretação do texto da norma¹⁸³, já que “não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado, nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mais complementar, os elementos necessários às decisões jurídicas”.

Dessa verificação de obrigação da interpretação e sua correspondente argumentação estarem voltadas à conformação empírica da realidade, emerge a intercombinação entre a teoria da decisão, interpretação e argumentação, sendo prevalentemente enaltecido o direito judiciário¹⁸⁴ na criação do direito.

Essa preposição marca o rompimento da dicotomia entre sujeito e objeto no processo do conhecimento, visada própria do positivismo filosófico, que entende que o direito está na lei¹⁸⁵, marcada então a interpretação pelo método subsuntivo¹⁸⁶ que confundiu a norma com seu texto¹⁸⁷, dada a crença na racionalidade matemática (pseudo)geradora de segurança jurídica¹⁸⁸, proporcionando esse modo

183 A aplicação torna-se assim um evento hermenêutico.

184 O direito judiciário ou jurisprudencial é aquele produzido ao largo da atividade criativa do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, tendo essa corrente de pensamento como entusiasmado defensor de seus aspectos positivos e legitimidade democrática o jusfilosofo CAPPELLETTI (1999, p. 93-111).

185 “A Lei é elevada à categoria de fetiche, entificase o seu ser, instalando-se a crença sincera de que a norma jurídica se põe externamente ao sujeito, como um sentimento imanente que ele é próprio” (CUNHA, 2014, p. 53).

186 Segundo MULLER (2000, p. 62) “a subsunção é apenas aparentemente um procedimento lógico formal; Na verdade é um procedimento determinado no seu conteúdo pela respectiva pré-compreensão de dogmática jurídica”.

187 Segundo notícia CUNHA (2014, p. 40) no curso da escola da exegese:

“O trabalho do jurista desenvolver-se-ia em duas fases, a saber: primeiro partia ele para uma análise fisiológica do texto, prestigiando seus elementos sintáticos e semânticos. Em seguida, estabeleceria os nexos de ligação entre os diversos dispositivos legais, a fim de que, com o resultado desse processo, o significado e o alcance da Lei fosse extraído daquele texto, sem a interferência do interprete.

Nesse contexto, sobre sai a importância do raciocínio dedutivo, o qual, prestigiando o silogismo aristotélico, tinha na Lei a premissa maior, no caso estudado a premissa menor, e na decisão jurídica a conclusão. (...) Em outra palavra (sobre maneira frequente na prática judiciária hodierna), tratava de reconhecer qual o dispositivo legal a qual poderia ser subsumido o caso sob exame”.

188 Em seu livro *Segurança Jurídica e Crise no Direito*, Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2012, p. 17-40) aponta que a crise da humanidade é derivada de uma crise da ciência, pois “na modernidade se lançou a tarefa infinita de um conhecimento matemático do mundo natural (o que fez com grande desempenho), porém, assumindo a unidade da razão, imaginou que pudesse enfrentar o mundo espiritual do homem como o mesmo deve proceder”. Isto é, “ao promoverem uma idealização constante do mundo da vida, essas ciências de fato acabaram por nos tornar também homens de fato, puras objetividades, esquecidas quanto à pujança da

de agir hermenêuticamente, invariavelmente, a ocultação da verdade diante do abandono do retorno às coisas em si mesma, numa espécie de “exorcismo da realidade” (STRECK, 2006, p. 329).

3. CONCLUSÃO: UMA PROPOSTA DE ENCONTRO DA TÉCNICA PROCESSUAL ADEQUADA AO GUARNECIMENTO DA INELEGIBILIDADE POR SIMULAÇÃO DE DESFAZIMENTO DE VÍNCULO CONJUGAL OU UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DA EXTENSÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA SEGUNDO O NOVO CPC.

Sendo certo que a hermenêutica jurídica¹⁸⁹, desassociada de uma metódica, realizada no âmbito de pré-concepções em que é lançado o interprete, constitui-se como a própria concretização normativa voltada a solução de litígios (*applicatio*), mais certo ainda é que nessa compreensão de construção do sentido e alcance da norma o texto interpretado não enclausura em si o plexo de significações possíveis de seu real significado, como que impositor de um “teto hermenêutico”, porque justamente essa visada (da hermenêutica filosófica) preconiza o retorno às coisas em si mesmas.

Infelizmente, numa verificação empírica da prevalência do dogmatismo jurídico, useira e vezeiramente não é assim que se segue na jurisprudência nacional, eis que, como denuncia Cunha (2012, p. 136):

Assim é que a agilidade de decisão, cada vez mais exigida dos magistrados, e aferida normalmente por meio de referências estatísticas, acaba muitas das vezes por afastar a preocupação com o conteúdo das próprias sentenças. Daí decorre o recurso frenético às fontes jurisprudenciais dos tribunais superiores, que se transformam em referências de sentido a priori, os quais se prestam a subsunção do caso.

É exatamente este o caso da identificação da tutela(s) processual(s) da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea “n”, da Lei Complementar nº 64/90. Tal se afirma porque o Colendo Tribunal Superior Eleitoral executando sua exegese no único precedente até aqui apreciado (então, *leading case*), ementou que o preenchimento semântico do conceito jurídico de condenação “pressupõe ação

vida espiritual que tanto nos notabiliza”. Em arremate: “O que destacamos é que essa pujança que o mundo conceitual impingiu ao mundo da vida acabou por inverter a ordem da fundamentação. De fato, enquanto as ciências deveriam buscar o seu fundamento naquele mundo, cultuou-se o logocentrismo e a matematização como modo de força-lo a moldar-se segundo esse processo de idealização”.

189 A hermenêutica se diferencia da interpretação, pois na inteligência de CUNHA (2012, p. 135) nessa última “o sentido é algo que já se encontra enclausurado no texto, e, por um procedimento quase mágico, seria transposto para o seu exterior, ou seja, seria extraído da norma o que nela já está contido”.

judicial que condene a parte por fraude, ao desfazer ou simular desfazimento de vínculo conjugal ou de união estável para fins de inelegibilidade”¹⁹⁰.

Incursionando-se sobre as razões de decidir (*ratio decidendi*) do precedente alhures, percebe-se que o Voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, seguido à unanimidade, salientou que a decisão judicial tomada em Recurso Contra Expedição de Diploma, previsto no artigo 262 do Código Eleitoral, voltado esse, dentre outra causa de pedir¹⁹¹, ao reconhecimento das hipóteses de inelegibilidade previstas na Constituição Federal, e não arguidas no momento da Impugnação ao Registro de Candidatura do artigo 3º da Lei Complementar nº 64/90, não se presta à formação da inelegibilidade infraconstitucional em trabalho, ainda que naquele processo (do Recurso Contra Expedição de Diploma) tenha havido cognição sobre a questão de fato posta atinente à simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável, posto que sua questão principal (objeto litigioso) revolve exclusivamente a inelegibilidade do artigo 14, §7º, da Lei Maior.

Em arremate, cumpre-se asseverar que essa conclusão partiu da premissa de que a inelegibilidade, invariavelmente, constitui restrição ao direito fundamental político de ser votado (artigo 14 da Constituição), e então sua interpretação, como postulado comezinho da hermenêutica, é restritiva. Ademais, averbou o Ministro Gilmar Mendes em seu Voto (repito, seguido pelos demais 06 membros do Tribunal Superior Eleitoral), que na sua inteligência “não há no ordenamento jurídico brasileiro uma ação específica que chegue à condenação a que se refere o dispositivo em exame. De modo que não se sabe, em princípio, se tal condenação, caso ocorra, terá natureza penal ou civil”.

Isto é, na conclusão do *leading case* julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral a respeito do artigo 1º, inciso I, alínea “n”, da Lei de Inelegibilidades, ao que parece, o conceito jurídico de condenação é aquele ordinariamente aprisionado de sua significação, segundo a classificação tradicional mencionada por Fredie Didier Jr (2012, p. 326), como aquela decisão que impõem prestação (conduta material consistente num fazer, não-fazer, dar coisa ou pagar quantia), não sendo possível pelo método “cara crachá” da subsunção aplicar sua hipótese aos casos concretos apresentados ao curso do processo de registro de candidatura, não se tendo, pasme, na mais alta Corte de Justiça Eleitoral, certeza donde se provém a

190 Recurso Especial Eleitoral nº 39723, Acórdão de 21/08/2014, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 166, Data 05/09/2014, Página 79.

191 Conforme própria expressão do art. 262 do Código Eleitoral, servem como causa de pedir do Recurso Contra Expedição de Diploma “casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade”. Cumpre asseverar que o antagonismo entre inelegibilidades constitucionais e infraconstitucionais, mormente as supervenientes, recebe um maturado tratamento doutrinário, para sem discussão o impessoal da doutrina dizer que as inelegibilidades constitucionais são aquelas previstas diretamente no corpo da Constituição, e as infraconstitucionais supervenientes aquelas previstas na Lei Complementar nº 64/90, mas “surgida entre o momento de registro de candidatura e o pleito” (GOMES, 2016, p. 826).

técnica processual adequada para constituir a inelegibilidade em questão (se do ordenamento jurídico eleitoral, cível, ou penal).

Trilhando um caminho um pouco mais especificado, mas entretanto equivocado na sua conclusão, Gomes (2016, p. 264-266) defende que a simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável seja trazida ao processo como questão principal (meritória) a ser deflagrada no juízo universal de família, órgão competente para essa cognição judicial, não podendo nesse viés ser a questão posta como incidental em processos eleitorais.

Em ambas as hipóteses as conclusões abstratas tomadas em relevo não são dotadas de praticabilidade, causa essa de constatação do equívoco da opção feita pelo intérprete na hermenêutica jurídica, como assim atesta Muller (2000, p. 82).

Melhor explico.

Como já dito, a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, disposta no artigo 3º da Lei Complementar nº 64/90, tem como causa de pedir específica a veiculação da descrição de hipóteses de ausência de condições de elegibilidade, falta de requisitos de registrabilidade e presença de causas de inelegibilidade, havendo no seu procedimento (artigo 3º usque 7º) restrição à cognição judicial, como no caso do artigo 1º, inciso I, alínea “n”, no sentido de somente se ater ao conhecimento da inelegibilidade como efeito anexo à decisão judicial que a tenha constituído (logo, cominada¹⁹²), motivo pelo qual a decisão exarada nesse procedimento é eminentemente declaratória¹⁹³¹⁹⁴.

O sendo assim, é imprescindível a existência e validade da decisão judicial prévia que condene o sujeito passivo do processo anterior por simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável a instruir a Ação de Impugnação

192 Defesa explícita de GOMES (2016, p. 381-382), que indica que “diferentemente da inelegibilidade originária (que integra o status jurídico-eleitoral do cidadão, apresentando-se no mundo jurídico desvinculada da ideia de sanção pela prática de ato ilícito, a exemplo do parentesco com titular de mandato executivo), a cominada, para existir, deve ser constituída, criada na realidade jurídica, já que é consequência da imposição de sanção pela prática de ilícito, tal qual ocorre com a condenação criminal e a improbidade administrativa”.

193 “Consideram-se meramente declaratórias as decisões que se restringirem a certificar a existência ou a inexistência de uma situação jurídica” (DIDIER JR, 2012, p. 331).

194 Em sentido muito similar ao que indicado, averbaram RODRIGUES e JORGE (2014, p. 306):

“A Ação de Impugnação de Registro de Candidato (AIRC) tem por escopo obter do Poder Judiciário a declaração de que determinado candidato não pode ter o registro de candidatura deferido porque não preenche os requisitos legais necessários para tanto.

Referida demanda tem, como causa de pedir a ausência de condições de elegibilidade ou a presença de causa de inelegibilidade. O que se pretende é o reconhecimento de situações fático-jurídicas que obstem o registro da candidatura.

Em síntese, sob a alegação desse fato constitutivo (elegibilidade/inelegibilidade), o autor formula pedido de natureza declaratória negativa consistente no indeferimento do registro do candidato com fundamento no reconhecimento de situação jurídica de inexistência de condição de elegibilidade e existência de situação de inelegibilidade.”

de Registro de Candidatura como prova pré-constituída, não se podendo, sob o risco de queda na virtualidade da subsunção, aprisionar de maneira apriorística o verdadeiro sentido do conceito jurídico de condenação aqui procurado, deixando-se de se aproximar de seu objeto interpretado (a decisão judicial pretérita¹⁹⁵), para retirar dessa mostragem a realidade de sua presença. Ou seja, o encontro casual da decisão judicial far-se-á através de applicatio (hermenêutica como concretização).

Em adendo, para manutenção da incolumidade da inelegibilidade abordada, como concretização própria do dever fundamental de ação (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição), retratado na garantia de efetividade de tutela do direito material, necessariamente em razoável tempo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição), é que como elemento da motivação, ato esse que acompanha a compreensão, entra em eficácia interna indireta a aplicação desses princípios (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 123/126) no discurso argumentativo.

Nessa continuidade de eleição do significado jurídico de condenação diante da análise concreta do provimento judicial é que se deve desaprisionar o conceito de decisão condenatória, para entender como cabível no alcance de seu sentido as decisões declaratórias próprias das lides tipificadas no processo eleitoral, recortadamente para aquelas próprias à fase do registro das candidaturas, como a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura e o Recurso Contra Expedição de Diploma¹⁹⁶, obtendo-se em conclusão a efetiva aplicabilidade da inelegibilidade estudada.

Como o registro de candidatura, ainda que não impugnado, é formalizado através de processo judicial de jurisdição voluntária, e pela sua subsidiariedade do novo Código de Processo Civil, jaz aqui um mandado de otimização a ser perquirido, qual seja, o dever de eticidade das partes (artigo 5º)¹⁹⁷, no momento da formalização do registro, a teor do artigo 11, §10, da Lei nº 9.504/97, deve o Requerente preencher as “as condições de elegibilidade”, como que também “as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura”, de modo que qualquer falsidade que recaia sobre a informação apresentada à Justiça Eleitoral se caracterizará como ato processual de má-fé, na positivação do artigo 80, inciso II, do novo Código de Processo Civil.

Isso significa dizer que aquele que se prostra ao registro de candidatura tem o dever processual de agir com eticidade. Acaso tenha cônjuge ou companheiro

195 Leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 815) que “segundo o art. 489, §3º, do Novo CPC, a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. Dessa forma, não só o dispositivo, mas também a fundamentação da decisão deve ser considerada na interpretação da decisão judicial para se determinar o que efetivamente foi decidido”.

196 GOMES, 2016, p. 838.

197 Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

detentor de mandato eletivo de chefia do executivo, já em gozo da reeleição, na circunscrição eleitoral de abrangência sobre o cargo que pretender disputar no pleito, inelegível está, nos termos do artigo 14, §7º, da Constituição¹⁹⁸. E sendo assim esse fato jurídico personalíssimo não pode ser olvidado no pedido de registro.

A própria finalidade subjacente da inelegibilidade artigo 1º, inciso I, alínea “n”, da Lei Complementar nº 64/90 é evitar a erosão do artigo 14, §7º, da Constituição.

Diante dessa falta, autorizada está a deflagração tanto da Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura¹⁹⁹, como do Recurso Contra Expedição de Diploma²⁰⁰, veiculando-se, em ambas as pretensões, como questão principal a existência da inelegibilidade reflexa do cônjuge ou companheiro do chefe do executivo reeleito, e como questão incidental a simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável²⁰². Nesse caso comporá a causa de pedir da Inicial dessas ações eleitorais a questão de fato atinente à simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável, erigida assim como questão prejudicial²⁰³ à solução do objeto litigioso (questão principal), qual seja, a inelegibilidade do artigo 14, §7º, da Lei Fundamental.

Por via de consequência, havendo cognição exauriente sobre a simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável, pela própria dilação probatória

198 Salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

199 TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 32050, Acórdão de 28/10/2008, Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JÚNIOR, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 28/10/2008.

200 TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 36038, Acórdão de 16/08/2011, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Relator(a) designado(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 15/09/2011, Página 28-29 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 22, Tomo 3, Data 16/08/2011, Página 93.

201 Que propriamente tem natureza jurídica de ação, desconstitutiva do mandato (RODRIGUES e JORGE, 2014, p. 441-442).

202 Sobre a tensão entre questão incidental e principal é a doutrina de Fredie Didier Jr. (2012, p. 320):

“Como visto, é importante frisar uma distinção: há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial. Em relação a todas haverá cognição (cognitio); em relação às últimas haverá também *iudicim*. Todas compõem o objeto de conhecimento do magistrado, mas somente as últimas compõem o objeto de julgamento (*thema decidendum*). As primeiras são as questões resolvidas *incidenter tantum*; essa forma de resolução não se presta a ficar imune pela coisa julgada. O magistrado tem de resolvê-las como etapa necessária do seu julgamento, mas não as decidirá. São as questões cuja solução comporta a fundamentação da decisão”.

203 “As questões prejudiciais, por sua vez, são aquelas cuja decisão influenciará ou determinará a resolução da questão subordinada que lhe seja vinculada” (MEDINA, 2015, p. 738).

do rito das ações eleitorais supra indicadas ^{204,205}, ainda que como questão incidental prejudicial, tal questão integrará, hodiernamente, os limites objetivos da coisa julgada, conforme a previsão do artigo 503, §1º, do novo Código de Processo Civil²⁰⁶.

Sobre essa conclusão é a doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 586):

Se adequadamente lido, o novo Código permite a passagem de um quadro de teorização estática e privatista da coisa julgada para um marco dinâmico e atento à necessidade de atender-se à evolução do debate. Isso porque, o novo Código, no art. 503, §1º, permite que a questão prejudicial evidenciada no debate processual adquira, independentemente de prévio pedido das partes, força de coisa julgada. Isso desloca a teorização da coisa julgada do pedido para o debate, incluindo como seu objeto a relação jurídica afirmada em juízo, e das partes para a comunidade de trabalho em que se consubstancia o processo civil.

Pelo que todo esse enfrentamento deverá estar contido na fundamentação da decisão judicial da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura e Recurso Contra a Expedição de Diploma, pelo próprio comando do artigo 93, inciso IX, da Constituição, e artigo 489, inciso II, do novo Código de Processo Civil. Ou seja, “a questão prejudicial será resolvida na fundamentação da decisão” (NEVES, 2016, p. 840).

Nessa esteira recairá sobre essa cognição (elemento declaratório da ocorrência de simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável) o próprio efeito positivo da coisa julgada que “vincula ao que foi decidido em demanda anterior” (NEVES, 2016, p. 845), mormente pois, segundo o artigo 508 do novo Código de Processo Civil, “transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”²⁰⁷.

204 A Ação de Impugnação de Registro de Candidatura tem sua dilação probatória prevista no artigo 3º, 4º e 5º, da Lei Complementar nº 64/90.

205 O Recurso Contra a Expedição de Diploma tem sua dilação probatória prevista no artigo 270 do Código Eleitoral.

206 Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 10 O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

207 “Uma vez transitada em julgado a sentença de mérito, não se permitindo à parte ajuizar nova ação, reprodutindo o mesmo pedido, com base em alegações ou defesas que poderiam, mas não foram apresentadas na

Esse pensamento aqui sufragado começa a ganhar eco de adoção na jurisprudência eleitoral, como se percebe da ementa transcrita abaixo de precedente do Tribunal Regional de Alagoas:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ELEIÇÕES DE 2012. RECURSO. REGISTRO. CANDIDATURA. CARGO. VEREADOR. INDEFERIMENTO. SÚMULA Nº 11 DO TSE. NÃO INCIDÊNCIA. TRNSCRIÇÃO INCORRETA DO NOME DA COLIGAÇÃO RECORRENTE. ERRO MATERIAL. ART. 469, I, DO CPC. NÃO APLICAÇÃO. REDISCUSSÃO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO OU OBSCURIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. DECISÃO UNÂNIME.

1. Não se aplica o art. 469, I, do CPC, uma vez que o pedido de registro foi indeferido com base na causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, alínea “n”, da lei Complementar nº 64/90, que é resultado direto do julgamento do Recurso Contra Expedição de Diploma nº 47, onde se reconheceu a existência de simulação no desfazimento da união estável entre a candidata e o Sr. Nivaldo Jatobá.

2. Não são admitidos embargos declaratórios que visam a promover a rediscussão da matéria julgada, para a qual outros são os meios admissíveis.

(TREAL, Embargos de Declaração em Recurso Eleitoral nº 47786, Acórdão nº 9322 de 03/10/2012, Relator(a) Elisabeth Carvalho Nascimento, Publicação: DEJEAL - Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral de Alagoas, Data 03/10/2012)

Nesse ínterim, numa garantia de aplicabilidade do artigo 1º, inciso I, alínea “n”, da Lei Complementar nº 64/90, pela efetividade da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, dentro da imperiosa necessidade de celeridade pela ligeireza do período eleitoral²⁰⁸, é que preenche o conteúdo semântico da decisão condenatória lá exigida as decisões declaratórias de questão incidental sobre simulação de desfazimento de vínculo conjugal ou união estável tomadas ao curso prévio de Ação de Impugnação de Registro de Candidatura e Recurso Contra Expedição de Diploma.

Sendo, de todo o modo, despicienda decisão condenatória nesse sentido na seara tanto penal, pois tal falta no pedido de registro implicaria na falsidade ideológica eleitoral, crime tipificado no artigo 350 do Código Eleitoral, e produtor da inelegibilidade do artigo 1º, inciso I, alínea “e”, item 4. Como cível, pois essa ocorrência sequer se constituiria como causa à negativa de separação (artigo 1.774, parágrafo único, do Código Civil²⁰⁹), além de não existir possibilidade jurídica de

ação anterior” (MEDINA, 2015, p. 783).

208 Hoje iniciado com o registro de candidatura no dia 15 de agosto, e finalizado com a eleição no primeiro de domingo de outubro, a luz dos artigos 1º e 11 da Lei nº 9.504/97.

209 Não homologada somente diante da ausência de desatendimento do interesse de um dos cônjuges (ou analiticamente companheiros), ou de seus filhos.

uma pretensão condenatória assim nesse âmbito.

4. REFERÊNCIAS.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 7ª. Ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2016.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 64/1990. Brasília. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 135/2010. Brasília. 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2016.

BRASIL. Lei nº 4.320/1964. Brasília. 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2016.

BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Brasília. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em: 29 de agosto de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança nº 692, Acórdão de 27/04/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 96, Data 24/05/2010, Página 53.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 32050, Acórdão de 28/10/2008, Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JÚNIOR, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 28/10/2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 32289, Acórdão de 03/05/2016, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 107, Data 06/06/2016, Página 14.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1573, Resolução nº 22784 de 05/05/2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 02/06/2008, Página 07 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 212.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 20680, Acórdão de 27/11/2012, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Relator(a) designado(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/11/2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24564, Acórdão nº 24564 de 01/10/2004, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/10/2004 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 17, Tomo 1, Página 234.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 39723, Acórdão de 21/08/2014, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 166, Data 05/09/2014, Página 79.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 36038, Acórdão de 16/08/2011, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Relator(a) designado(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 15/09/2011, Página 28-29 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 22, Tomo 3, Data 16/08/2011, Página 93.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 39723, Acórdão de 21/08/2014, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 166, Data 05/09/2014, Página 79.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJE-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJE-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 144, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJE-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215-01 PP-00031

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 758461, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014, Acórdão eletrônico repercussão geral - mérito DJe-213 divulg 29-10-2014 public 30-10-2014.

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito. 1ª. Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. Ed. Almedina: Rio de Janeiro, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. 1ª. Ed. Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1999.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica e argumentação no direito. Curitiba: CRV, 2014.

_____. Hermenêutica em três momentos. In CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano (Org.). Hermenêutica e jurisdição. Vitória, ES: JFES, 2014, p. 211-232.

_____. A origem comum dos pensamentos de Heidegger e Husserl. Fenomenologia e direito, Rio de Janeiro, v. 05, n. 2, p. 77-96, out. 2012 – mar. 2013.

_____. Segurança jurídica e crise no direito: caminhos para a superação do paradigma formalista. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

_____. Hermenêutica filosófica e direito. Fenomenologia e direito, Rio de Janeiro, v. 04, n. 2, p. 117-139, out. 2011 – mar. 2012.

DA COSTA, Adriano Soares. Instituições de Direito Eleitoral. 9ª ed. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2013.

DA CUNHA JR., DIRLEY. Curso de Direito Constitucional. 6ª. Ed. JusPodivm: Salvador, 2012.

DIDIER JR, FREDIE. Curso de Direito Processual Civil. 14ª. Ed. JusPodivm: Salvador, 2012.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MALDONADO, Helio Deivid Amorim. Assento constitucional do rol de condutas vedadas, taxatividade de suas disposições e plasticidade do abuso do poder político no ordenamento jurídico. Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 11, n. 1, p. 27-64, jan./ abr. 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1565>>.

_____. Prestação de contas ao final de campanha eleitoral como garantia de confiabilidade. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4749, 2 jul. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34852>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. O Novo Processo Civil. 1ª. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3ª. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª. Ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1. Ed. JusPodivm: Salvador, 2016.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Inelegibilidade Comentada. 1ª ed. Editora Atlas: São Paulo, 2014.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva*. 2ª. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

RANGEL, Rafael Calmon. Pedidos implícitos e efeitos anexos da sentença. In: *Revista Forense*. V. 419. Ed. Revista Forense: São Paulo, 2014.

REIS, Marlon. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 1ª. Ed. Brasília: Alummus, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Chein. *Manual de Direito Eleitoral*. 1ª. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: *Olhares hermenêuticos sobre o direito*. Ijuí: Unijuí, 2006.

5

HERMENÊUTICA CONCRETISTA NO AFERIMENTO DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS: APLICABILIDADE DO ARTIGO 22, §1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO NA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA

Rodolfo Viana Pereira²¹⁰

Helio Deivid Amorim Maldonado

1. INTRODUÇÃO: DA INELEGIBILIDADE POR REJEIÇÃO DE CONTAS, POR DECISÃO IRRECORRÍVEL DE ÓRGÃO COMPETENTE, COMO CAUSA DE PEDIR DA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA E SUA VIRTUALIZAÇÃO PELA JUSTIÇA ELEITORAL.

Como bem anotam Adriano e Anderson Sant'Ana Pedra (2010, p. 12) a

210 Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pós-Graduado em Administração de Eleições e Direito Eleitoral pela Universidade de Paris II. Pós-Graduado em Educação à Distância pela Universidade da Califórnia, Irvine. Graduado em Direito pela UFMG. Fundador e Coordenador Acadêmico do IDDE - Instituto para o Desenvolvimento Democrático (www.idde.com.br). Fundador e Consultor da SmartGov - Governança Criativa (www.smartgovbrasil.com.br). Fundador e primeiro Coordenador-Geral da ABRADep - Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (www.abradep.org). Advogado sócio da MADGAV Advogados (www.madgav.com.br).

inelegibilidade é “a ausência de capacidade eleitoral passiva, ou seja, a inexistência do direito de ser votado, constituindo assim uma restrição ao *status* de cidadania ativa”.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, limitando o princípio democrático²¹¹, e, ao mesmo tempo, a dimensão passiva dos direitos fundamentais políticos (PEDRA, 2012, p. 119)²¹², erigiu cláusula de restrição legal qualificada (MENDES, 2012, p. 232) no seu §9º, do artigo 14, para que Lei Complementar veiculasse no ordenamento jurídico eleitoral hipóteses outras de inelegibilidade que não previstas na Lei Maior. Sendo a norma em questão de eficácia limitada²¹³, cumpriu inicialmente à Lei Complementar nº 64/1990 a conformação dessa restrição normativa, posteriormente alterada e ampliada pela Lei Complementar nº 135/2010. Hodiernamente, então, o artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/90, veicula a inelegibilidade por rejeição de contas, com a seguinte redação, *verbis*:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

Cumpra destacar que a restrição ao direito fundamental político de ser votado, especificadamente em relação à inelegibilidade por rejeição de contas, tem como finalidade subjacente, consoante a observação de José Jairo Gomes, “a proteção da probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato em vista da experiência pregressa do candidato como agente político (executor de orçamento) e gestor público (ordenador de despesas)” (GOMES, 2016, p. 248).

Outrossim, na esteira da Teoria das Inelegibilidades²¹⁴ de Adriano Soares

211 Previsto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

212 Positivados no artigo 14 da Constituição, revolvendo tanto a capacidade eleitoral ativa (direito de votar) como a passiva (direito de ser votado).

213 Conforme restou reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008.

214 Em que busca o autor fazer a fusão metodológica entre a elegibilidade e a inelegibilidade, para dizer que essa

da Costa certo é que a “inelegibilidade como tal é sempre efeito jurídico, consequência atribuída a algum fato ou complexo de fatos descritos no suporte fático da norma eleitoral” (COSTA, 2013, p. 175)²¹⁵. Por via de consequência, a inelegibilidade é caracterizada como um enunciado descritivo. Exatamente por essa razão é que, para sua compreensão, necessário é retroceder-se ao fato jurídico (a rejeição de contas) de que é efeito anexo a inelegibilidade. Destarte, na hipótese da inelegibilidade por rejeição de contas, existe um plexo de fatos jurídicos que a enseja, a saber: a) rejeição de contas por órgão competente; b) decisão irrecurável; c) irregularidade insanável passível de caracterizar ato doloso de improbidade administrativa.

Cumpra destacar, antes de tudo, que o “dever-função de prestar contas” (JORGE, LIBERATO e RODRIGUES, 2016, p. 141) tem assento no artigo 70, parágrafo único, da Constituição, que averbera: “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. Estendendo-se tal obrigação constitucional a todas as pessoas jurídicas e agentes públicos que promovam a gestão de recursos provenientes do erário estadual ou municipal, haja vista a simetria constitucional disposta no artigo 75 da Lei Fundamental²¹⁶.

Todavia, o Chefe do Executivo a nível federal, estadual e municipal, revestido da condição de executor do orçamento²¹⁷ da União, do Estado ou do Município, na prestação de contas anual sobre os seus atos de governo²¹⁸, está submetido ao controle externo empreendido pelo Poder Legislativo, representado esse, respectivamente, a teor dos artigos 49, inciso IX, 25²¹⁹, e 31, §1º, da Constituição, pelo Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais. Para tanto, o

é o estado jurídico de ausência ou perda daquela.

- 215 E mais, na inteligência de Soares da Costa, a inelegibilidade subdivide-se em inata e cominada, sendo que “quando o fato jurídico é lícito, estamos diante de uma inelegibilidade inata; quando se trata de fato jurídico ilícito, de uma inelegibilidade cominada” (COSTA, 2013, p. 179).
- 216 Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3307.
- 217 Na lição de Lafayette Josué Petter (2011, p. 44) orçamento é o “instrumento de que dispõe o poder público (em qualquer de suas esferas de poder) para expressar, em determinado período de tempo, o seu programa de atuação, discriminando a origem e o montante dos recursos a serem obtidos, bem como os dispêndios a serem efetuados”.
- 218 Na forma do artigo 82 da Lei nº 4.320/64, que disciplina Normas Gerais de Direito Financeiro: “O Poder Executivo, anualmente, prestará contas ao Poder Legislativo, no prazo estabelecido nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios”.
- 219 Cumpra aos Estados editarem suas Constituições locais, contudo, respeitando os ‘princípios constitucionais sensíveis’, nos quais se inclui o controle externo do Poder Executivo pelo Poder Legislativo. Nesse sentido é a lição de José Afonso da Silva quem registra que os princípios constitucionais sensíveis são aqueles que “dizem respeito basicamente à organização dos poderes governamentais do Estado” (SILVA, 1990, p. 515).

Tribunal de Contas da União, dos Estados e dos Municípios²²⁰, presta auxílio (mas com autonomia²²¹) ao Legislativo por meio da emissão de parecer prévio sobre aquelas (contas anuais). É exatamente essa a competência do Tribunal de Contas, preconizada no artigo 71, inciso I, da Constituição²²². Nesse caso, o Tribunal de Contas oferece apoio técnico-jurídico ao exercício da função atípica do Legislativo de julgar as contas do Executivo (PAZZAGLINI FILHO, 2014, p. 36)²²³.

Assim, nada obstante o Legislativo atuar atipicamente na função de julgador, a natureza jurídica de sua atividade é tipicamente político-administrativa, formalizada através da publicação de decreto legislativo²²⁴ que verse sobre a rejeição de contas. Por via de consequência, publicado o decreto legislativo de rejeição das contas do Executivo pelo Legislativo, passa a fluir o prazo da inelegibilidade²²⁵.

Entrementes, nas hipóteses dos incisos II, IV, V, VI e VIII, do artigo 71, da Constituição²²⁶, o Tribunal de Contas, no exercício de sua competência, fiscaliza

220 Quando existente.

221 Na lição de Pedro Roberto Decomain: “O Tribunal de Contas da União, embora atue em auxílio do Congresso Nacional, não lhe está de modo algum subordinado. O Tribunal é órgão autônomo da estatura constitucional, com incumbências próprias, no exercício das quais não está jungido à vontade de qualquer outro órgão” (2006, p. 43).

222 Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

223 Dirimindo qualquer insurgência contra a assertiva da competência privativa do Legislativo julgar as contas do Chefe do Executivo, em data recente assim houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no RE 848826, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

224 Não como instrumento normativo do artigo 59, inciso VI, da Constituição, mas como forma de exteriorização do ato político-administrativo emanado pelo Legislativo. Em doutrina Diogenes Gasparini (2008, p. 90) registra que “pelo decreto são instrumentalizados atos concretos”.

225 Assim já decidiu o Tribunal Regional Eleitoral de Goiás: TRE/GO, RECURSO DE DIPLOMACAO nº 36440, Acórdão nº 14239 de 31/03/2014, Relator(a) MARCELO ARANTES DE MELO BORGES, Publicação: DJ - Diário de justiça, Tomo 060, Data 03/04/2014, Página 4/5.

226 Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas

e julga diretamente as contas de todos aqueles responsáveis (pessoas jurídicas ou físicas) pela gestão de dinheiro público, ou seja, os ordenadores de despesa²²⁷, aplicando-lhes, em caso de rejeição de contas, as sanções de multa e/ou restituição ao erário lesado²²⁸. De mais a mais, atuando o Chefe do Executivo como ordenador de despesa, diante do recebimento de transferência voluntária²²⁹ através do ajuste²³⁰ administrativo pactuado por convênio²³¹ ou consórcio²³² entre entes públicos e privados, poderá esse estar submetido à jurisdição constitucional do Tribunal de Contas disposta nos incisos IV e VI, do artigo 71, da Constituição²³³.

É justamente em torno desse prisma da jurisdição constitucional do Tribunal de Contas e do Poder Legislativo que deve ser compreendida a expressão “decisão irrecurável do órgão competente” contida no artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/90. Entretanto, ao lado desses elementos, necessário é que a rejeição de contas decorra da motivação por irregularidade insanável passível de caracterização como ato doloso de improbidade administrativa (JORGE, LIBERATO e RODRIGUES, 2016, p. 140). Sobre a exigência cumulativa desses elementos é a doutrina de José Jairo Gomes (2016, p. 250):

no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

- 227 Em todos os casos, ordenador de despesa será, na forma do artigo 64 da Lei nº 4.320/64, a autoridade administrativa que no arcabouço das regras de competência interna da atuação do órgão público seja responsável pela determinação do pagamento da despesa pública.
- 228 Artigo 19 da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União): “Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.”.
- 229 Autorizada pelo olhar sistemático do artigo 23 da Constituição que prevê o compartilhamento entre os entes políticos do Estado Federal das competências executivas relacionadas a promoção do interesse público primário, escriturados como receita pública decorrente de transferência corrente na forma do artigo 6º, §1º, da Lei nº 4.320/64.
- 230 Nas palavras de Diogenes Gasparini (2008, p. 787) “os convênios e os consórcios não integram a Administração Pública indireta por serem ajustes, e neles a Administração tem interesse na medida em que por eles são prestados serviços de interesse público”.
- 231 Previsto sua figura nos artigos 71, inciso VI, e 199, §1º, da Constituição, e ainda artigo 116 da Lei nº 8.666/93.
- 232 Autorizado sua pactuação pelo 241 da Constituição, norma essa regulamentada pela Lei nº 11.107/2005.
- 233 Nesse sentido é a atual jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral retratada no Recurso Especial Eleitoral nº 43594, Acórdão, Relator(a) Min. Maria Thereza de Assis Moura, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 230, Data 05/12/2014, Página 90.

Insanáveis, frisa-se, são as irregularidades graves, decorrentes de condutas perpetradas com dolo ou má-fé, contrárias ao interesse público; podem causar dano ao erário, enriquecimento ilícito, ou ferir princípios constitucionais reitores da Administração Pública.

Além de insanável, a caracterização da inelegibilidade em apreço ainda requer que a irregularidade configure ato doloso de improbidade administrativa. Assim, ela deve ser insanável e constituir ato dolo de improbidade administrativa.

Sendo certo que o ato de improbidade administrativa, na inteligência de Waldo Fazzio Júnior (2007, p. 74), não se perfaz por si mesmo com a mera prática do ato ilegal, ou que mesmo provoque dano ao erário. Ao revés, o ato de improbidade administrativa perpassa pela presença de ilegalidade qualificada imperiosamente presente no ato administrativo do agente público improbo. Isso pois, não é intento da Lei de Improbidade Administrativa sancionar o administrador inábil, mas sim punir o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé²³⁴. Devendo essa ação do agente público ímprobo (comissiva ou omissiva), para ser caracterizada nos atos de improbidade administrativa listados de maneira cerrada (não taxativa) no artigo 9º (enriquecimento ilícito), 10 (dano ao erário), 10-A, e 11 (violação aos princípios regentes da Administração Pública) da Lei nº 8.429/92, estar acompanhada de um elemento volitivo, mormente hodiernamente, diante da novel predisposição do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), que dita que: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Nesse sentido também é o magistério de Di Pietro (2001, p. 688-689):

O enquadramento na Lei de Improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houver um mínimo de má fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa.

Tal é essa a razão pela qual a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, na exegese da inelegibilidade por rejeição de contas, passou a entoar a partir da novel redação dada ao artigo 1º, inciso I, letra “g”, da Lei Complementar nº 64/90,

234 De maneira interativa, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1819704/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 11/10/2019.

pela Lei Complementar nº 1135/2010, que: “Não há como reconhecer ato doloso de improbidade administrativa na conduta do impugnado por ser inviável extrair das irregularidades apontadas postura da qual se presume desonestidade ou intenção em causar dano ao erário”²³⁵. Afastando-se, por conseguinte, da caracterização da inelegibilidade por rejeição de contas motivos atrelados à culpa administrativa.

Sendo assim, como a inelegibilidade por rejeição de contas constitui-se como efeito anexo à decisão²³⁶ do Legislativo, ou diretamente do Tribunal de Contas, como espécie de inelegibilidade cominada²³⁷, é da competência privativa da Justiça Eleitoral o aferimento de seus elementos de identificação (dentre os quais, insere-se a constatação da ilegalidade insanável passível de caracterização de ato doloso de improbidade administrativa). Para tanto, a Especializada promove a requalificação das premissas fático-jurídicas delineadas soberanamente na decisão irrecorrível do órgão competente²³⁸, quando da reconhecimento judicial²³⁹ sobre essa prova documental (decisão de rejeição de contas) na ação de impugnação de registro de candidatura, calcada no artigo 3º da Lei Complementar nº 64/90²⁴⁰. Nessa trilha é o pensamento de Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 147-148):

O Tribunal de Contas, da União ou do Estado, não possui competência para aplicar a sanção jurídica de inelegibilidade ao político que vier a ser condenado no âmbito do seu processo administrativo. Isso porque, nem a lei federal, nem as leis estaduais, que regulam a competência do Tribunal de Contas, preveem qualquer regra ou sanção que implique em inelegibilidade ao político que vier a ser condenado em processo

235 Recurso Ordinário nº 108596, Acórdão, Relator(a) Min. Gilmar Mendes, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 29/02/2016, Página 63.

236 Assim é a observação de Adriano e Anderson Sant'Ana Pedra (2010, p. 15): “De partida, pode-se afirmar que a inelegibilidade prevista no dispositivo trasladado é efeito anexo à decisão irrecorrível de natureza não judicial, cujo conteúdo rejeita contas prestadas por quem exerceu função pública, contaminadas que estavam por irregularidade insanável”.

237 Na lição de Adriano Soares da Costa (2013, p. 183) “a inelegibilidade cominada é sempre efeito de um fato jurídico ilícito, decretada por decisão judicial de eficácia preponderantemente constitutiva negativa”.

238 Sem realizar seu rejuízo, segundo a disposição da Súmula nº 41 do Tribunal Superior Eleitoral: “Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros Órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade”.

239 Guiada pelo artigo 7º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 64/90:

Art. 7º Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Juiz, ou ao Relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

240 Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

administrativo ali julgado, podendo esse órgão, tão somente impor, além da multa prevista na Constituição, as sanções previstas em sua lei específica.

[...]

Entendemos, portanto, que a Justiça Eleitoral, após a rejeição de contas por irregularidade insanável pelo Tribunal de Contas, do Estado ou da União, irá analisar a incidência ou não das causas de inelegibilidade, em outras palavras, irá verificar se é caso ou não de ato doloso de improbidade administrativa, devendo tal análise decorrer da proposição de um processo jurisdicional, por meio dos instrumentos eleitorais processuais, in casu a AIRC (Ação de Impugnação de Registro de Candidatura) e com o fim exclusivo de verificar a situação jurídica de inelegibilidade.

Por isso, a natureza jurídica do comando da decisão da ação de impugnação de registro de candidatura é declaratória, pois “apenas reconhece e afirma inelegibilidade decorrente dos fatos comprovados” (GOMES, 2016, p. 397). Corroborada essa assertiva pela previsão do artigo 15 da Lei Complementar nº 64/90, que dita que: “Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido”. Seguindo assim, de maneira pacificada, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral:

[...] Cabe à Justiça Eleitoral, rejeitadas as contas, proceder ao enquadramento das irregularidades como insanáveis ou não e verificar se constituem ou não ato doloso de improbidade administrativa, não lhe competindo, todavia, a análise do acerto ou desacerto da decisão da corte de contas. (...)

(Recurso Ordinário nº 060473131, Acórdão, Relator(a) Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/10/2018)

Ocorre que o juízo de reconhecimento da irregularidade insanável passível de caracterização como ato doloso de improbidade administrativa não pode ser realizado de maneira virtual, isto é, apartado das premissas fático-jurídicas delimitadas soberanamente pela decisão irrecorrível de rejeição de contas pelo órgão competente. Tal é a hodierna compreensão do Tribunal Superior Eleitoral, após o julgamento do *leading case* exposto no Recurso Ordinário nº 108596, passando a Corte Eleitoral a proparar que:

(...) A nova redação da causa de inelegibilidade da alínea g, introduzida pela LC nº 135/2010, não se revela quando a conduta configure, apenas em tese, o ato de improbidade administrativa, imperioso demonstrar que a conduta revele minimamente o dolo, a má-fé em dilapidar a coisa pública ou a ilegalidade qualificada em descumprir as normas de gestão.(...)

(Recurso Especial Eleitoral nº 10974, Acórdão, Relator(a) Min. Rosa Weber, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 237, Data 07/12/2017, Página 25/26)

Entretanto, inadvertidamente, Tal é assim que ocorre na práxis judiciária eleitoral. Isso porque, para a declaração da inelegibilidade por rejeição de contas, habitualmente o juiz se socorre ao repertório de jurisprudência da Justiça Eleitoral, disponibilizado em seu sítio eletrônico, e de lá assaca a solução de resposta *a priori* da ação de impugnação de registro de candidatura. Essa é a razão pela qual possibilita a doutrina de Jose Jairo Gomes enunciar (pela descrição da história de jurisprudência eleitoral) as hipóteses abstratas que denotam irregularidade insanável passível de caracterização de ato doloso de improbidade administrativa, como, entre muitas outras: “(i) o descumprimento da Lei de Licitações (AgR-Respe nº 127092/RO – PSS 15-9-2010); (ii) o descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (REsp nº 20296/PR – PSS 18-10-2012); (iii) o não pagamento de precatórios, quando evidenciada a disponibilidade financeira (Respe nº 25986/SP – PSS 11-10-2012)” (GOMES, 2016, p. 251). Há, dessa maneira, um exorcismo da realidade, com a conseqüente perda do concreto.

Assim, no estado atual dessa hermenêutica jurídica eleitoral, não existem condições de possibilidade de aplicação do artigo 22, §1º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), que predetermina: “Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. Logo, é necessário o desenvolvimento de uma nova hermenêutica, voltada à recuperação da concretude para o aferimento da inelegibilidade por rejeição de contas.

2. DA RECUPERAÇÃO DO CONCRETO NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER.

Conforme anuncia Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2014, p. 211) a história da hermenêutica, que vai desde o seu entendimento como método próprio ao “encontro da verdade daquilo que se põe como objeto da interpretação” (CUNHA, 2014, p. 211), ao “giro ontológico” acometido no seu entendimento, em que “a compreensão passa a ser assumida como uma característica imanente e própria ao homem, independentemente de qualquer técnica que venha ele a lançar mão” (CUNHA, 2014, p. 211), é marcada por três momentos marcantes e distintos: “o primeiro, que aqui denominei de período clássico; o segundo, notabilizado pela influência do historicismo alemão; e o terceiro, que se dá com o advento da hermenêutica filosófica de Gadamer” (CUNHA, 2014, p. 211).

No período clássico, inspirado pela compreensão de que o desacordo é a regra constante na interpretação de textos, pois existe “um distanciamento temporal entre aquele que emitiu a mensagem, registrando-a, e aquele que vai interpretá-la” (CUNHA, 2014, p. 215), foi o padre alemão Friedrich Schleiermacher quem, no nascedouro do século XIX, deu novo sentido à hermenêutica, propalando que ela deve veicular um método universal, consistente no estabelecimento de

“regras que permitissem a compreensão objetiva não só de textos setorizados (religiosos, literários, jurídicos etc.), mas de quaisquer pensamentos postos ao entendimento através de palavras” (PEREIRA, 2006, p. 10). Dada a ênfase no “sentido do autor”, a hermenêutica de Schleiermacher é qualificada como uma “hermenêutica psicológica”, em que seu método é estruturado em um “círculo hermenêutico”, pois circular, “através do qual o interprete se movimentaria do todo para a parte e da parte para o todo, de modo a apurar sua compreensão a cada movimentação efetuado” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 393), alcançando ao final desse procedimento o resultado do encontro com o sentido original do texto, que o seu próprio autor imprimiu.

Seguindo nessa historiografia da hermenêutica, ainda no início do século XIX, desponta sua fase subsequente do “período da escola histórica”, que se projeta, principalmente, sobre o influxo dos estudos de Wilhelm Dilthey, que procurou “desenvolver uma metodologia própria para a hermenêutica que a destacasse do âmbito das ciências da natureza” (CUNHA, 2014, p. 215). Dilthey fundamenta sua pretensão no pressuposto de que existe uma diversidade entre o escopo das ciências da natureza e do espírito, porque aquelas estão ligadas à intenção explicativa dos fenômenos naturais, por meio da estipulação de leis de regularidade entre causa e efeito, e estas miram “compreender uma individualidade histórica a partir de suas manifestações exteriores” (CUNHA, 2014, p. 215), motivo pelo qual necessitam estas últimas de um método próprio de rigor em torno de sua cientificidade. Destarte, o mérito dessa elucubração de Dilthey foi erigir a “compreensão” “como um marco fundante para a construção de um método próprio das ciências do espírito” (CUNHA, 2014, p. 216), além de situar a possibilidade da compreensão “dentro da História e não fora dela” (PEREIRA, 2006, p. 16). Em resumo:

DILTHEY, ao fazer a referenciada distinção entre as Ciências Naturais e as Ciências Humanas (do Espírito, em sua terminologia) com base na dicotomia explicar/compreender, pretendeu, então, criar uma disciplina que tivesse por finalidade proporcionar a interpretação objetivamente válida dos objetos de estudo da Humanidade, definidos como expressão da vida, entendendo-se esta como experiência humana conhecida a partir de seu interior, portanto dentro do mundo histórico (PEREIRA, 2006, p. 14).

De toda forma, a interpretação de textos, na estrutura do conhecimento, perpassava a relação sujeito-objeto, sendo que o sentido objetivo do texto seria revelado subjetivamente pelo seu intérprete. Garante-se, dessa forma, a revelação do significado do texto interpretado, que lhe é anterior e apartado do processo de sua aplicação. Esse modo de ser, principalmente da escola histórica, e seu projeto de uma “hermenêutica universal”, acabou por ser transportado para a hermenêutica jurídica, na qual “toda preocupação está voltada para que seja garantida a objetividade da interpretação ou um caráter de neutralidade do interprete em

relação à lei (ou à vontade do legislador)” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 394). Por via de consequência, nessa visada, a interpretação jurídica qualifica-se como um ato de vontade voltado a produzir o significado do signo do texto normativo, a partir de um plexo de significantes abstratamente já construídos em relação àquele e disponíveis à interpretação.

Por isso é que a hermenêutica jurídica tradicional, reflexo da hermenêutica clássica e da escola histórica, procurava estabelecer métodos para a apreensão da realidade por meio da linguagem. Exemplo paradigmático a esse respeito é o quadro de molduras de Kelsen, no qual competia à doutrina, como intérprete não autêntico do Direito, estabelecer os limites de possibilidade de sentido do texto normativo, segregando-os da realidade do mundo da vida. Em contrapartida, na hermenêutica jurídica de Kelsen, como intérprete autêntico do Direito, e de maneira imparcial, cumpre ao juiz, por um ato político de vontade, eleger para interpretação e aplicação do Direito o sentido prévio do texto normativo que mais lhe aprouver (STRECK, 2014, p. 77).

Por conseguinte, segundo a hermenêutica jurídica tradicional, a interpretação e aplicação do Direito são fracionadas em seu momento cognitivo, sendo que nesse seu método equacionado o sujeito (intérprete) lança-se sobre o objeto (do texto) a ser interpretado, de forma que “primeiro ele conhece (*subtilitas intelligendi*) – utilizando-se dos cânones hermenêuticos disponíveis, depois compreende (*subtilitas explicandi*) e só então aplica-o à situação concreta que lhe foi submetida (*subtilitas applicandi*)” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 399).

Ocorre que tal sistemática remete ao problema da interpretação e aplicação do Direito no plano da “abstração”, posto que, de maneira metafísica, ao haver a cisão entre interpretação e aplicação, a hermenêutica jurídica acaba por se “despojar do concreto” na sua consecução. Nessa perspectiva, o caso concreto não é cooriginário à interpretação jurídica, eis que esta é realizada de maneira prévia, veiculando o texto legal o sentido unívoco a ser revelado pelo intérprete do Direito. É exatamente isso que se constata na prática judiciária eleitoral, quando da reconhecimento sobre a inelegibilidade proveniente de rejeição de contas irrecorrível por órgão competente (disposta no artigo 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/90), na ação de impugnação de registro de candidatura. Impedindo essa aporia a existência de um ambiente para a aplicabilidade do artigo 22, §1º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 no processo eleitoral.

Introjetando uma “virada copernicana” em relação à escola histórica, Hans-Georg Gadamer, em seu livro “Verdade e Método”, publicado em 1960, opôs-se à crença de que a verdade alcançada na hermenêutica dava-se pelo método, “pois compreensão e interpretação já não seriam o resultado de um processo metódico que lhe assegurasse o encontro com a verdade” (CUNHA, 2014, p. 217). Ou

seja, sua inteligência é, de certa forma, contra-metódica²⁴¹ (em contraposição à Dilthey), partindo ela da crítica à consciência estética, em que Gadamer, exemplificativamente, expõe que quando um observador se coloca frente a uma obra de arte e realiza sua valoração, essa cognição não é feita de maneira apartada, segundo exclusivamente os caracteres formais da obra de arte visualizados pelo observador. Na tradução de Rodolfo Viana Pereira (2006, p. 22) sobre a crítica à consciência estética: “É equivocada qualquer pretensão de considerar a obra de arte uma realidade dissociada do observador, atingível em sua verdade estética pelo procedimento metódico”. Portanto, assaca Gadamer que, em verdade, para o observador, a obra de arte “abre um mundo de significações para nossa própria vida, com isso nos colocando diante de possíveis sentidos para ela e, em última instância, a própria ideia de compreensão do mundo, tudo isso sem que houvesse a intervenção de qualquer comportamento metódico” (CUNHA, 2014, p. 220).

Insta salientar que, em sua hermenêutica filosófica, Gadamer se apropria da compreensão²⁴² como um existencial humano, e do círculo hermenêutico²⁴³ decorrente da inserção do indivíduo em uma historicidade, ambos elementos da filosofia heideggeriana, e continua a desenvolver essas estruturas fundamentais e indissociáveis do seu pensamento. Nesse sentido, antes de tudo, a doutrina de Gadamer lança a “apologia ao preconceito”, pois o mito da não-subjetividade decorreria da herança legada pela filosofia desde o Iluminismo, “que teria elegido a razão como um marco legitimador de qualquer verdade, contra qualquer tipo de preconceito” (CUNHA, 2014, p. 134). Como então há uma pertença do indivíduo à história que lhe circunda, a razão instrumental não pode suplantar o papel de importância da tradição na compreensão²⁴⁴. Na explicitação de Rodolfo Viana Pereira (2006, p. 28):

241 Gadamer se opõe ao método paradigmático da Ciência Moderna até então em curso.

242 Na filosofia heideggeriana o indivíduo é representado pelo Dasein, como um ente privilegiado, já que é o único que tem “existência”, e dotado da capacidade de transcender os demais entes intramundanos e desvelar seus respectivos sentidos. Trata-se, para Heidegger, do “privilégio ôntico-ontológico”, pois “um privilégio ôntico – entre todos os entes apenas nós existimos; e um privilégio ontológico – de todos os entes somos os únicos que, em seu modo-de-ser, compreendem o ser” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 414).

243 O Dasein detém nessa empreitada heideggeriana uma “abertura existencial”. Ele é “ser-no-mundo”. Ou seja, na procura do sentido do ser do ente o Dasein dispõe de intimidade com uma totalidade de significantes (“haver prévio”), proporcionando essas possibilidades uma certa compreensão (“visão prévia”), sobre as quais a interpretação irá se desenvolver (“conceituação prévia”). Logo, a estrutura da compreensão para a interpretação constitui um “círculo hermenêutico”, eis que “toda compreensão de algo se dá dentro de uma estrutura prévia em que eu já tenho certa intimidade com aquele ente que pretendo conhecer, isso conectado a uma visão prévia e a uma conceituação prévia” (CUNHA, 2014, p. 223).

244 Na descrição de Abboud, Carnio e Oliveira (2014, p. 421):

Em Gadamer, a tradição assume especial relevo na medida em que há uma preocupação do filósofo em encontrar um caminho da consciência histórica para mostrar como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido, e essa tarefa se constitui na autocompreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica.

Assim sendo, o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia de seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua situação hermenêutica etc).

Assim, ingressa na hermenêutica filosófica gadameriana a estrutura do “horizonte histórico”, pois toda compreensão é histórica, ou seja, na interpretação o intérprete já se localiza desde sempre em uma “situação hermenêutica”, fruto do horizonte histórico em que está inserido, e que lhe proporciona algo como uma abertura, ainda que inconscientemente, um conjunto de experiências que produzem preconceitos, os quais influenciam, como sentimento de pertença à tradição²⁴⁵, a interação do intérprete com o fenômeno que lhe é apresentado. Por conseguinte, pela estrutura do horizonte histórico, Gadamer reabilita os preconceitos na compreensão, pois “a eliminação do preconceito seria a eliminação da História” (PEREIRA, 2006, p. 29).

Nada obstante a tradição contida na historicidade deter uma autoridade sobre a definição da visão-prévia do intérprete sobre o objeto interpretado, o horizonte histórico introduz uma abertura a esse conjunto de significantes como haver-prévio. Na percepção de Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2014, p. 136): “a tradição e o sentido não são algo que possam ser tomados em absoluto e acabado, mas algo que se projeta em um perene desenvolvimento”. A autoridade da tradição significa, na filosofia gadameriana, o seu (re)conhecimento, não a sua incorporação compulsória à interpretação. Acaso de maneira diversa fosse, a compreensão seria marcada pela esterilização ideológica. Por via de consequência, o desvelamento do significado do objeto por parte do sujeito intérprete pressupõe algo mais originário do que a compleição da força da tradição.

Nessa senda, ingressa a estrutura da “distância temporal”, como aquela entre o sujeito que interpreta o objeto no presente, e o fluxo histórico que predetermina (no âmbito do círculo hermenêutico) o haver-prévio (preconceito) do sentido do objeto posto à interpretação, proporcionando este último a visão-prévia significativa do sujeito cognoscente a respeito do objeto interpretado. Isso implica o entendimento de que a compreensão perpassa, inexoravelmente, por essa “fusão de horizontes” (entre passado e presente)²⁴⁶, pois “a tradição e a consciência dos efeitos da história nos aproximam dos objetos” (ABBOUD,

245 Conceitualmente, Cunha (2014, p. 135) qualifica a tradição como: “Conjunto de normas e vivências que nos são transmitidas” pelo passado e que, sem negar o futuro, se projeta sobre ele, sustentando a própria historicidade humana, o que faz dela (a tradição) a expressão de uma continuidade”.

246 Pereira descreve a fusão de horizontes no âmbito do círculo hermenêutico, da seguinte forma (2006, p. 41): “Não se pode dizer que haja uma apropriação intelectual direta e imediata das coisas, já que levamos sempre nossa carga de pré-compreensões, trazidas, no fluir de nossa experiência histórica, pela tradição da qual fazemos parte, bem como deve-se ressaltar que o evento da compreensão ocorre pela fusão dos respectivos horizontes históricos”.

CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 424). Ela é (a fusão de horizontes) uma instância de controle dos preconceitos. Esse é o papel da “consciência histórico-efetual”, como o “desenvolvimento que deriva da nossa situação hermenêutica e faz com que ela sempre se determine no decorrer de uma fusão de horizontes, em que a tradição atua no presente” (CUNHA, 2014, p. 139). A tradição, nesse percurso, reveste-se de condição de possibilidade ao “acontecer da compreensão”. Tal é a razão pela qual, no pensamento de Gadamer, “toda atividade interpretativa é reconhecimento (conhecer novamente) e por isso carrega sempre uma parcela de criação” (PEREIRA, 2006, p. 45). Melhor elucidando isso, dissertam Abboud, Carnio e Oliveira (2014, p. 422):

Com Heidegger e Gadamer, então, a hermenêutica deixa de ser normativa/metodológica, constituída a partir de metafísicos esquemas dedutivos-subsumtivos em que o objeto é construído pelo cogito ou refletido na consciência; e passa a ser filosófica, na medida em que está estruturada na antecipação de sentido presente na base do círculo hermenêutico acima descrito. Desta forma, o caráter da interpretação será sempre produtivo. É impossível reproduzir um sentido. A atividade criativa/produtiva do intérprete no trabalho hermenêutico é parte inexorável do sentido da compreensão e de sua estrutura prévia.

Logo, na hermenêutica filosófica, o sujeito cognoscente, inserido na historicidade, acaba por ser coautor na interpretação, haja vista que, sendo dotado de pré-compreensão, outorga ele de maneira volitiva, sentido ao objeto interpretado, em um movimento de “espiral hermenêutica”²⁴⁷, na qual “o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamares mais corretos de interpretação, os quais, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente rumo a um entendimento mais adequado (PEREIRA, 2006, p. 35). Essa é a alteridade e a dialética do “jogo de perguntas e respostas” que metaforicamente Gadamer identifica, na compreensão, entre o mundo do indivíduo que interpreta (pergunta) e o mundo do objeto que é interpretado (resposta). Assim, no registro de Pereira (2006, p. 48): “O processo de compreensão, então, demanda o reconhecimento de que aquilo que se quer conhecer já está implícito, mesmo difusamente, naquele que conhece, sendo o interrogar – a pergunta feita ao se dar ao conhecimento – o caminho a ser trilhado pelo homem rumo ao entendimento”.

Outrossim, a compreensão do sujeito não se realiza em abstrato, mas em conexão direta com o objeto interpretado. “Daí porque todo aquele que deseja efetivamente interpretar algo deve estar disposto a ouvir o que esse algo tem a lhe dizer” (CUNHA, 2014, p. 226). Nesse diapasão, tal como a ligação entre compreensão e interpretação, compreensão e aplicação são incidíveis na

247 E não círculo hermenêutico, posto que é no âmbito desse que os preconceitos se encontram, mas não é o mesmo o ambiente do resultado final da interpretação.

hermenêutica filosófica de Gadamer. Por via de consequência, rompendo com a tradição filosófica que lhe era anterior, e que entendia que compreensão, interpretação e aplicação se realizavam em momentos cognitivos distintos e fracionados, Gadamer preconiza que todos esses realizam-se ao curso de um único apanhado cognitivo.

Na seara da hermenêutica jurídica, Gadamer, nesse seu percurso de “Verdade e Método”, propõe, a partir de todos esses pressupostos, o processo interpretativo e aplicativo, porque, “quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática” (STRECK, 2014, p. 81). Por esse exposto, “a interpretação da Lei consiste em sua concretização em cada caso concreto, ou seja, ela se realiza em sua aplicação, o que pressupõe uma atividade produtiva por parte do juiz, vez que esse deve adequar a especificidade dos fatos com a generalidade da norma” (PEREIRA, 2006, p. 41). Nesse diapasão, apesar da norma ser fruto da atividade interpretativa do intérprete do Direito, o caso concreto coloca-se de maneira cooriginária à hermenêutica jurídica. Assim pontificam Ribeiro e Braga (2008, p. 278):

Por sua vez, o processo interpretativo do Direito não decorre da descoberta o unívoco ou do correto sentido, mas, ao contrário, tende a uma interpretação produtiva originada de um processo de compreensão em que a situação hermenêutica do jurista funde-se com o texto jurídico expressando algo que não é nem somente as pré-compreensões do intérprete nem apenas o texto, é nesse sentido algo novo.

Essa visada gadameriana de traslado da hermenêutica filosófica para o Direito acaba por fornecer condições de possibilidade de recuperação do concreto na hermenêutica jurídica eleitoral.

3. A HERMENÊUTICA COMO CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA DE FRIEDRICH MÜLLER COMO PRESSUPOSTO TEÓRICO À APLICABILIDADE DO ARTIGO 22, §1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO NA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA.

Incorporando as ideias de Gadamer ao seu pensamento²⁴⁸, o jurista Friedrich Müller, em seu livro “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, desenvolve

248 Sobre a relação entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a Teoria Estruturante do Direito de Müller, esse último explica que (2000, p. 70):

A “metódica estruturante” é uma metódica jurídica. Ela não transfere a hermenêutica filosófica à ciência jurídica, mesmo se na primeira, sob o ponto de vista da “aplicação” e da “pré-compreensão” que inclui o intérprete, a ciência jurídica que possa ser compreendida como um paradigma. Pelas razões mencionadas a metódica jurídica só poderá fundamentar-se na análise de técnicas práticas de trabalho nas funções da concretização do direito e da constituição.

a sua “Teoria Estruturante do Direito”, com o escopo de “unificar elementos que vinham sendo trabalhados de forma dissociada: a forma e a substancia jurídica” (LARANJA, 2018, p. 17). Estabelece, desse modo, Müller, o papel de importância do “programa normativo” do dispositivo legal, como aquele proveniente do sentido *a priori* que decorre da linguisticidade do texto da Lei²⁴⁹, chamada tal por Müller de “normatividade”. Entrementes, segundo o referido autor, “conceitos jurídicos no texto na norma fornecem apenas [...] descrições factuais do que é referido” (MÜLLER, 2000, p. 56). Ou seja, “via de regra eles evocam apenas enquanto conceitos sinalizadores e concatenadores o que se pensa como correspondência na realidade social” (MÜLLER, 2000, p. 56). Dessa maneira, o dispositivo legal não detém um significado por si mesmo. Ele é a “ponta do *iceberg*”.

Portanto, é preciso que o programa normativo se integre ao “âmbito normativo” a que está vocacionado a solver, pela consideração dos dados da realidade empírica a que procura conformar o Direito no exercício da jurisdição. O âmbito normativo é coconstitutivo da normatividade. Destarte, nessa perspectiva, não é a literalidade da Lei que regula o caso jurídico-concreto, mas sim a sua *aplicatio*. Sendo assim, na tradução de Anselmo Laghi Laranja (2018, p. 27), Müller “amplia o conceito de interpretação e defende um processo de concretização da norma”. Essa visada da Teoria Estruturante do Direito de Müller afasta a correção de teorias jurídicas que propalam na hermenêutica a procura da “vontade da Lei” (*mens legis*), pois nada obstante o modal deôntico em que seja estruturada a prescrição normativa, não existe garantia de sua aplicabilidade futura descolada do caso concreto a que se aplica.

Logo, partindo da inconfundibilidade entre Lei e norma, apresenta Müller uma metódica própria voltada a estabelecer o controle racional da pré-compreensão que se aflora do círculo hermenêutico gadameriano na interpretação jurídica, a partir do cotejo da fundamentação da decisão judicial. Dessa forma, é a fundamentação da decisão judicial quem “permite representar e verificar racionalmente a relevância de critérios normativos de aferição para a decisão, a relevância dos elementos do caso afetados por esses critérios de aferição e a sustentabilidade da decisão” (MÜLLER, 2000, p. 53).

Hodiernamente, esse pressuposto teórico de Friedrich Müller encontra condições de aplicabilidade no processo eleitoral, vez que no rastro da procedimentalização da garantia fundamental de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso X, da Constituição Federal), o Código de Processo Civil, que se aplica supletivamente ao processo eleitoral (nos termos da Resolução nº 23.478/2016, do Tribunal Superior Eleitoral), exige no seu artigo 489, §1º, em todas as hipóteses discriminadas em seus incisos²⁵⁰, que a decisão judicial promova a recuperação e

249 Extraídos ainda segundo os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

250 § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão,

reconhecimento das questões de fato concretas no litígio que lhe é posto, afastando a virtualização do caso na interpretação, aplicação e decisão do Direito.

Somente a partir do compromisso dessa compreensão é que será possível a aplicação do artigo 22, §1º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), que dispõe: “Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. Nessa esteira, anota Eduardo Jordão (2018, p. 63) que “o art. 22 da LINDB combate o idealismo dominante no direito brasileiro e exige do intérprete maior atenção às circunstâncias fáticas e jurídicas que impactam a atuação administrativa e podem limitá-la”.

Entretanto, é certo que o artigo 22 do Decreto-Lei nº 4.657/42 como metarregra, isto é, regra sobre a interpretação de regras, se aplica hermeneuticamente a todo e qualquer controle externo de atividade administrativa (JORDÃO, 2018, p. 71), tal como ocorre na decisão da Justiça Eleitoral, em torno do aferimento da irregularidade insanável passível de caracterização de ato de improbidade administrativa, quando da reconção sobre a decisão irrecorrível de órgão competente de rejeição de contas, na ação de impugnação de registro de candidatura.

Assim, quando o juiz eleitoral valorar a prova documental que contém as premissas fático-jurídicas da decisão irrecorrível do órgão competente, que tenha afligido rejeição de contas contra o cidadão agente público, deverá ele valorar também o contexto descritivo das “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” lá exposto. Segue assim o comentário de Eduardo Jordão sobre a metarregra (2018, p. 63):

Em última análise, caberá ao julgador avaliar se as dificuldades e os obstáculos declarados pelo gestor foram de fato reais e se de alguma forma impactaram as suas escolhas. Além disso, é também possível ao controlador considerar que, a despeito de serem reais, as dificuldades apontadas não teriam tido um efeito tão limitador quanto o gestor alegou. A Lei, afinal, não criou um salvo-conduto para o gestor, a

que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

quem bastaria mencionar dificuldades para ver-se livre do controle sob seus atos. Ela apenas exigiu a consideração dessas dificuldades.

Esta última observação é particularmente sensível, porque ela revela limites da determinação legislativa. A última palavra sobre a validade do ato sobre controle segue sendo do controlador, e dependerá dele a efetiva consideração das circunstâncias limitadoras da ação do agente do gestor.

Todavia, imperiosa é a necessidade de estabelecer-se constrangimentos hermenêuticos à delimitação de quais “circunstâncias práticas” devem ser valoradas para afastar a pecha de irregularidade insanável que configura ato de improbidade no ato administrativo inquinado na rejeição de contas. Isto porque o dispositivo em questão veicula um conceito jurídico indeterminado. Na pretensão de seu preenchimento semântico o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, dialogicamente, emitiu o enunciado da Súmula nº 11 de seu entendimento, para dizer que:

Na expressão dificuldade reais constantes do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporárias, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstancias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor.

Sobre esse último aspecto, da dificuldade de interpretação jurídica do ordenamento de direito público por parte do agente administrativo²⁵¹, considerando os próprios problemas da linguagem que o texto legal contém em geral (ambiguidade, vagueza e porosidade), disserta Jordão (2018, p. 78) que “o art. 22 da LINDB impõe que, um contexto de indeterminação jurídica real, o controlador se limite a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público”. Sendo certo que, conforme bem ponderado pelo conteúdo da Súmula nº 16 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo:

Diante da indeterminação ou amplitude dos conceitos empregados pela lei, se, no caso concreto, a decisão do administrador mostrar-se razoável e conforme o direito, o controlador e o juiz devem respeitá-la, ainda que suas conclusões ou preferências pudessem ser distintas caso estivessem no lugar do gestor.

Trata-se do respeito à zona de incerteza da discricionariedade do agente público na consecução do ato administrativo, conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 203), sendo o postulado da razoabilidade o elemento de proteção contra sua sindicância no controle externo.

251 Malgrado agente público aja imprimindo sub-comandos legais, dado o princípio da estrita legalidade administrativa no âmbito da Administração Pública, invariavelmente, o mesmo, como intérprete autorizado do direito, promove a interpretação do ordenamento de direito público para a sua aplicação.

Pelo exposto, no julgamento da ação de impugnação de registro de candidatura, para a decisão sobre a presença de inelegibilidade por rejeição de contas a partir da caracterização de ato administrativo ilegal que importe, cumulativamente, em irregularidade insanável e ímproba, não pode a Justiça Eleitoral se servir de respostas *a priori*, como aquelas que assim se qualificam todo e qualquer ato que implique “(i) o descumprimento da Lei de Licitações (AgR-Respe nº 127092/RO – PSS 15-9-2010); (ii) o descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (REsp nº 20296/PR – PSS 18-10-2012); (iii) o não pagamento de precatórios, quando evidenciada a disponibilidade financeira (Respe nº 25986/SP – PSS 11-10-2012)” (GOMES, 2016, p. 251). Ao revés, pela fundamentação da decisão judicial, é necessário, pela hermenêutica como concretização normativa, a recuperação do concreto, e, então, valoração das “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”. Somente assim haverá equidade (ARAGÃO, 2015, p. 20), como Justiça na aplicação do Direito, na promoção de uma relação aproximativa com a verdade (CUNHA, 2015, 54).

4. CONCLUSÃO.

A partir do advento da Lei Complementar nº 135/2010 sobreveio nova redação ao artigo 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar nº 64/90, para que doravante fossem requisitos à inelegibilidade por rejeição de contas, além da própria decisão irrecorrível prolatada por órgão competente, que as razões da rejeição de contas denotassem irregularidade insanável passível de caracterização de ato doloso de improbidade administrativa.

Haja vista ser da competência da Justiça Eleitoral esse aferimento alhures, tal se realiza a partir das premissas fático-jurídicas do Acórdão de rejeição de contas do Tribunal de Contas ou do Decreto Legislativo emitido pelo Legislativo. Contudo, essa competência da Especializada não imprime a competência para o reejulgamento da rejeição de contas, para concluir por sua correção ou incorreção.

Sendo assim, dentro dessas limites cognitivos, tão logo houve a edição e vigência da “Lei da Ficha Limpa”, a jurisprudência eleitoral, se socorrendo à repertórios jurisprudências de outros Tribunais e também do histórico de decisões das Cortes de Contas, passou a intuir, como resposta *a priori*, a abstração conotativa de ato insanável e ímprobo, sem se debruçar sobre as “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” público que teve suas contas rejeitadas.

Nesse diapasão, a ciência jurídica, constituída pela doutrina e pela jurisprudência, passou a delimitar hipóteses abstratas de irregularidades insanáveis que são passíveis de configuração de ato doloso de improbidade administrativa, com eliminação do concreto na cognição sobre a rejeição de contas na ação de impugnação de registro de candidatura.

Todavia, essa perspectiva, não se coaduna com a hermenêutica jurídica de Müller, própria ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pois crê na força da jurisdição constitucional – compatibilidade formal e material de Leis, atos do Poder Público e decisões judiciais com a Constituição, e compreendeu que existe uma inevitável trajetória entre texto de Lei e norma, pressupondo que a norma não está enclausurada na sua descrição de sentido e alcance a priori, mas sim decorrente da aliança entre seu programa normativo linguístico e o âmbito normativo encontrado na facticidade: a hermenêutica como concretização normativa.

Esse modo de ser da compreensão cria condições de possibilidade para a aplicabilidade do artigo 22, §1º, do Decreto-Lei nº 4.657/42, na reconhecimento sobre a condição da decisão de rejeição de contas imprimir a presença de irregularidade insanável passível de configuração de ato doloso de improbidade administrativa, já havendo sinal de prospecção de *overruling* na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral que, hodiernamente, exige que:

(...) A referência abstrata ao dolo genérico é insuficiente para a caracterização da inelegibilidade do art. 1º, I, g, da Lei Complementar 64/90, devendo o magistrado se desincumbir do ônus argumentativo de demonstrar os elementos e circunstâncias concretos, colhidos da decisão de rejeição de contas, que lastreiam o juízo acerca da presença de ato doloso de improbidade administrativa, o que não ocorreu na espécie. (...)

(Ação Cautelar nº 060291945, Acórdão, Relator(a) Min. Admar Gonzaga, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 54, Data 20/03/2019, Página 90-91)

5. REFERÊNCIAS.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; Rafael Thomaz; OLIVIEIRA. Introdução à teoria e à filosofia do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Segurança jurídica e qualidade das decisões Públicas. Brasília, 2015.

BRASIL, Constituição. Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 64/1990. Brasília. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 8.429/1992. Brasília. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Decreto Lei nº 4.657/1942. Brasília. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 848826. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSK, DJe: 24 de agosto 2017. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13432838>>. Acessado em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Goiás: TRE/GO, RECURSO DE DIPLOMACAO nº 36440. rel. Desemb. MARCELO ARANTES DE MELO BORGES, DJe: 03 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 03 mar. de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 43594. Embargos de declaração em agravo regimental em recurso especial. Omissão. Rediscussão da causa. Contradição. Ausência de fundamentação. Relator(a) Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 05 de dezembro de 2014. Disponível:<<http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT854526345§ionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acessado em 04 de agosto de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1819704/MG. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe: 11 de agosto de 2019. Disponível:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901663881&dt_publicacao=11/10/2019>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 10974. Prefeito e Vice-prefeito. Inelegibilidade. Art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar Nº 64/1990. Desaprovação de Contas. Tribunal de Contas. Consórcio intermunicipal de integração. Não incidência da inelegibilidade. Recurso provido. Relator(a) Min. ROSA WEBER, DJe: 07 de dezembro de 2017. Disponível em: < <http://inter03.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT1993600644§ionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 04 ago. de 2020.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica e argumentação no direito. 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

_____. O papel da verdade na fundamentação dos direitos humanos. Rev. Filosofia e Teoria Geral dos Direitos Fundamentais: Vitória, 2015.

DA COSTA, Adriano Soares. Instituições de direito eleitoral. 9 ed. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2013.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Tribunais de contas no brasil. 1 ed. Dialética: São Paulo, 2006.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13 ed. Atlas: Cidade, 2002.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa. ed. Atlas: São Paulo, 2007.
- GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 13 ed. Saraiva: São Paulo, 2008.
- GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Rev. Direito Adm: Rio de Janeiro, 2018.
- JORGE Flávio Chein; LIBERATO Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Curso de direito eleitoral. ed. JusPodivm: Salvador, 2016.
- LARANJA, Anselmo Laghi. Fundamentos constitucionais da desjudicialização. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Nauman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de inelegibilidade comentada. 1 ed. Editora Atlas: São Paulo, 2014.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. PEDRA, Anderson Sant'Ana. A inelegibilidade como consequência da rejeição de contas. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; AGRA, Walber de Moura (org). Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas. 1ª. ed. OAB: Brasília, 2010.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica filosófica e constitucional. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PETTER, Lafayette Josué. Direito financeiro. 6 ed. Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2011.
- SILVA, José Afonso da Silva. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. RT: São Paulo, 1990.

6

ABUSO DE PODER E SEU REFLEXO NA NORMALIDADE E LEGITIMIDADE DO PLEITO: DA PERMANENTE NECESSIDADE DE RETORNO AO MUNDO DOS EVENTOS PARA REVELAÇÃO DE SEU SIGNIFICADO PELA JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha²⁵²

Helio Deivid Amorim Maldonado

1. INTRODUÇÃO.

É corrente, hodiernamente, vozes se levantarem contra o fenômeno reiterado da judicialização do processo eleitoral, consistente esse, empiricamente, na alteração levada a cabo pela Justiça Eleitoral do resultado da opção política do povo manifestada nas urnas.

Nessa esteira de entendimento, em decorrência do predicado de que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, tismada é a legitimidade da atuação da Especializada nesse sentido.

Outrossim, em outro extremo, é reconhecido que o abuso de poder em geral no processo eleitoral além de macular sua normalidade e legitimidade, acaba por

252 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG e em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor do Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Advogado.

comprometer o exercício do mandato eletivo, principalmente, com o poderio político e econômico.

Nesse diapasão, no curso do presente trabalho será inicialmente feita a investigação do exercício do poder soberano do povo, indicando os pressupostos de sua realização e defesa no nível constitucional, passando-se, em seguida, à análise do ordenamento jurídico-eleitoral infraconstitucional e sua correlação com a conformação e restrição aos direitos fundamentais políticos dos cidadãos.

Então, a partir da delimitação do conceito de abuso de poder no processo eleitoral, serão arrolados constrangimentos hermenêuticos ao controle judicial (a cargo da Justiça Eleitoral) sobre a normalidade e legitimidade de todos os atos do processo eleitoral tendentes à obtenção do mandato político, para que nesse exercício de controle externo não incida a Especializada na judicialização da política.

2. CONSTITUCIONALISMO, PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E AUTODEFESA DA CONSTITUIÇÃO.

É certo que o direito é fruto do fenômeno social. Como bem diz Bobbio (2007, p. 23), é uma das ordenações de comportamento da vida humana²⁵³.

Com o surgimento do Estado Moderno²⁵⁴, na evolução do constitucionalismo²⁵⁵ sempre voltado à contenção do poder do soberano e vinculação de sua ação ao império do direito, viu-se, mormente no mundo ocidental, a necessidade do estabelecimento de uma Constituição escrita²⁵⁶, para formação de não somente um projeto normativo, mas também político, voltado à direção do Estado²⁵⁷.

E é exatamente no momento de construção da Constituição, por um poder constituinte originário²⁵⁸, que se captam todos aqueles consensos mínimos à vida em comunidade, obviamente atrelados à realização da dignidade da pessoa humana, denominados direitos humanos, para que assim positivados (esses

253 Ao lado da religião, moral, ética, regras sociais, entre tantas outras que influem diretamente sobre o comportamento humano.

254 Cujo marco de definição é a superação do Estado Absolutista, em que todos os poderes do Estado se concentravam nas mãos de um único Soberano.

255 Nas palavras de BARROSO (2015, p. 112), “constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei”.

256 Surgida de maneira pioneira e obrigatoriamente outorgada em 1215 na Inglaterra contra o Rei João Sem-Terra.

257 Sobre a simbiose entre projeto normativo e político deflagrado pela Constituição bem destaca CANOTILHO (2003, p. 52).

258 Na lição de PEDRA (2012, p. 01) “o poder constituinte estrutura um novo Estado, estabelece a sua Constituição, dá origem à organização jurídica fundamental, sendo ele anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos”.

consensos captados), passarem a formar o arcabouço dos direitos fundamentais²⁵⁹, parte dogmática de uma Constituição, aliados ao estabelecimento de um conteúdo orgânico, de organização do poder político do Estado.

No caso do Brasil, no enalço de um processo de redemocratização nacional (leia-se, superação do sistema ditatorial que vigorou entre 1964 a 1985), foi forjada uma Assembleia Nacional Constituinte para a elaboração da Constituição de 1988²⁶⁰.

Promulgada e denominada Constituição Cidadã²⁶¹, por seu vasto conteúdo analítico²⁶², decorrente de um programa densamente dirigente voltado à regulação da relação dos indivíduos entre si e deles com o Estado, diante da falta de alcance de todas as promessas da Modernidade no nosso país²⁶³, é que a Constituição passou a desempenhar a força normativa de suas normas, quer seja pela auto-aplicabilidade de suas regras, quer seja pela auto-aplicabilidade dos princípios que elenca²⁶⁴, conforme previsão própria de seu artigo 5º, §1º²⁶⁵.

Da mesma forma, a partir do paradigma da supremacia da Constituição, essa passa a ser o eixo gravitacional de todo o ordenamento jurídico, cujas demais normas retiram o seu fundamento de validade diretamente daquela, devendo-lhe compatibilidade formal e material, deixando assim guarnecido seu predicado de Norma Fundamental através da jurisdição constitucional²⁶⁶.

259 Anotação de MENDES e BRANCO (2012, p. 166-167).

260 Convocada pela Emenda Constitucional nº 26/1985.

261 Assim denominada pelo próprio Presidente da Assembléia Constituinte no discurso de sua promulgação.

262 Constituições analíticas, na classificação de MORAES (2008, p. 10), são aquelas que “examinam e regulam todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado”.

263 Sobre os Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente a países de modernidade tardia tal como o Brasil elucida CAMATTA (2010, p. 69-114) que não é possível entender a Constituição como categoria estritamente jurídica, desassociada do elemento político que inspira sua conformação. Desse modo, a ação política da Constituição deve estar linearmente em sintonia com os valores de sua comunidade historicamente concreta (o povo, em acepção ampla, que vive sob sua jurisdição). Assim é que a Constituição impulsiona a atuação do Estado (em todas as suas funções) no cotidiano de seu povo. Esse dirigismo da Constituição sobre a ação do Estado tem o condão de buscar ao mais que possíveis aquelas promessas da modernidade, correlatas à evolução de direitos fundamentais, que vão desde o guarnecimento de direitos negativos (como a liberdade) e positivos (direito ao sufrágio) subjetivos a direitos promocionais sociais (como a educação cívica).

264 Aqui se adota o recorte metodológico inicialmente realizado por Dworking entre regras e princípios (distinção qualitativa), ambos como espécies normativas (SGARBI, 2006, p. 150-154).

265 Sendo que sua dimensão de aplicabilidade deve ser vista com reservas, pois, conforme alertam MENDES e BRANCO (2012, p. 175-176), “mesmo algumas normas do art. 5º da Constituição Federal não dispensam a concretização, por via legislativa, para que possam produzir efeitos plenos e mesmo adquirir sentido”.

266 Nesse sentido são as palavras de BARROSO (2015, p. 109) ao dizer que a jurisdição constitucional reúne uma série de mecanismos para, pela via judicial, invalidar atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.

De todo o modo, na constatação de Alexy (1985, p. 105), como “é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto do dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra”. Assim, a par do critério de justificação formal da norma jurídica²⁶⁷ (critério de validade), a justificação material (critério de justiça) toma como ponto de partida justamente a realização dos direitos fundamentais preconizados pela Constituição, os quais, estando categorizados como princípios²⁶⁸, terão a função normogenética ^{269/270} de construção e desenvolvimento da legislação infraconstitucional.

No que toca ao abuso de poder e sua relação com a normalidade e legitimidade do pleito, é de se partir da premissa principal que a Constituição de 1988 adotou em seu artigo 1º, parágrafo único, o princípio democrático, ao dizer que todo o poder do Estado (que é exatamente uma ficção do direito) emana do povo²⁷¹, exercido diretamente ou através de representantes eleitos²⁷².

Sobre a caracterização do princípio democrático, disserta Canotilho (2003, p. 287-292) que ele é norma jurídica constitucionalmente positivada, possuindo dimensão material, retratada no condicionamento da legitimidade do domínio político à observância de determinados fins, como concretização da soberania popular no exercício dos direitos políticos (entre outros), e formal, voltada à legitimação do poder pelo respeito da forma de sua organização, através do estabelecimento e obediência a determinadas regras e processos.

Destarte, a democracia brasileira passou a dormir sobre dois elementos fundamentais, quais sejam, a soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, e o outro é a participação direta ou indireta, instrumento de efetivação da vontade popular, servindo o princípio democrático como exato elo desses

267 À luz dos critérios propostos por BOBBIO (2005, p. 46-47), a justificação formal da norma jurídica cinge-se à verificação de existência da norma a partir de um juízo de fato, pelo método empírico-racional, avaliando-se, por um lado, a competência para produção/execução da norma jurídica, e por outro, a inexistência de conflito explícito (ab-rogação) ou implícito (antinomia) da norma com outra norma do sistema. Já a justificação material é voltada à investigação da justiça da norma enquanto tal, verificável por juízo de valor, a partir de sua comparação ao estado ideal de coisas (valor finalístico do ordenamento).

268 E os enxergam assim MENDES e BRANCO (2012, p. 227), dizendo que “os direitos fundamentais não de ser concebidos, primordialmente, como princípios”.

269 Sobre a tripla função dos princípios constitucionais, observa GOMES (2012, p. 15) que estes servem: a) fundamento da ordem jurídica; b) orientação ao trabalho interpretativo; c) fonte em caso de insuficiência da lei e do costume.

270 Denominada eficácia interna indireta por ÁVILA (2007, p. 98).

271 O povo aqui compreendido como instância de atribuição global de legitimidade do poder político, conforme classificação de MULLER (2003, p. 59-65).

272 A democracia participativa e representativa são dimensões do princípio democrático, em que no primeiro caso o exercício do poder soberano é realizado diretamente pelo povo, e no segundo caso esse poder é realizado indiretamente por representantes eleitos (CANOTILHO, 2003, p. 288).

dois elementos fundamentais da nossa democracia (PEDRA, 2012, p. 154-155).

Seguindo essa necessidade da lógica constitucional, para o exercício do poder do soberano, agora dentro de sua instância como povo ativo²⁷³, através de um mecanismo procedimental de participação na condução da coisa pública, estabeleceu o artigo 14 da Constituição que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”, passando mais a frente o §3º do mesmo artigo alhures mencionado a descrever as condições de elegibilidade, entendidas, na inteligência de Costa (2013, p. 67), como “os pressupostos para que surja no mundo jurídico o direito de ser votado”.

Trata-se aqui da consagração, pela Constituição-Cidadã, dos direitos políticos como direitos fundamentais, que tem na compreensão de seu núcleo duro o direito ao voto e o direito de ser votado.

Então, desse contexto, pode ser dito que o princípio democrático no sistema jurídico constitucional nacional é uma norma de organização para a realização do poder soberano do povo, exercido através do sufrágio, que, numa compreensão sistêmica, não limita o seu âmbito de realização ao voto individualmente considerado, mas estende a sua abrangência sobre a festa da eleição, voltada, na compreensão de Silva (1999, p. 37-39), ao exercício da soberania popular, para, por intermédio do escrutínio geral, ser transformada a vontade política do povo.

Jaz aqui um elemento procedimental de extrema importância para a teoria democrática brasileira, sendo esse seu pressuposto mínimo de realização²⁷⁴, quer seja pela participação direta (democracia direta) ou indireta do cidadão (democracia indireta) na condução da res publica.

A toda evidência, tal elemento procedimental de realização da democracia, apesar de não ser sua causa suficiente, na inteligência de Ferrajoli (2009, p. 34), é sua condição necessária.

Tal característica não se distancia do conteúdo das teorias democráticas discutidas ao largo do mundo, que têm no seu âmbito de discussão o paralelismo entre democracia procedimental²⁷⁵ e substancial²⁷⁶.

273 Dimensão da palavra povo bem delineada por MULLER (2003, p. 55-59).

274 Na visão de BOBBIO (2002, p. 18) uma definição mínima de democracia deve ser caracterizada pela existência de “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”.

275 Em defesa ao elemento procedimentalista da democracia registra KELSEN (2000, p. 142): “Portanto, a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se essa participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um processo, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente denominado democracia”.

276 Muito bem diz DEMETERCO (2008, p. 25) que “a democracia substancial consiste num conjunto de objetivos e princípios, como igualdade jurídica e socioeconômica, sem considerar os meios para realizá-los”.

Como nosso trabalho se preocupa apenas com a formação política do poder soberano, nosso enfoque é pré-eleitoral (de formação do poder político), e não pós-eleitoral (de execução do poder político), motivo pelo qual já podemos abandonar a discussão em torno do substancialismo, que pretende aproximar materialmente a realização da democracia ao sentimento social, para aqui ficarmos somente dormitando sobre o procedimentalismo, com a conseqüente análise dos critérios de auferimento da legitimidade do resultado do processo eleitoral.

Sobre a tensão entre democracia, soberania popular e normalidade e legitimidade do pleito, muito bem destaca Demeterco (2008, p. 14) que “a análise dos abusos nas eleições tem sua importância e sua essência intrinsecamente relacionados ao conceito de democracia, que por sua vez, incorpora os ideais de soberania e participação populares como elementos legitimadores do mandato eletivo conquistado”.

Isto é, somente um processo eleitoral²⁷⁷ salvaguardado do abuso de poder é que poderá conferir legitimidade democrática ao resultado do pleito.

Em face exatamente dessa preocupação de filtragem da legitimidade do processo eleitoral é que o legislador constituinte fixou na redação original²⁷⁸ do §9º, do artigo 14, da Constituição, que:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Nesse diapasão, captando o legislador constituinte aqueles consensos mínimos à vida em comunidade, forjou o mesmo dever dirigido ao legislador infraconstitucional, através do estabelecimento de norma constitucional de eficácia limitada²⁷⁹, para que fossem criadas novas hipóteses de inelegibilidade (que não já discriminadas no próprio artigo 14, em seus §§ 4º usque 7º), com o fim específico de “proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

277 Na exegese do artigo 16 da Constituição Federal, que positiva o princípio da anualidade da lei eleitoral, o Supremo Tribunal Federal, em referência às Eleições de 2010, ano de edição da Lei Complementar nº. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), entendeu, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 633703, que a expressão processo eleitoral é encarada em sentido jurídico material, relaciona ao conjunto de atos jurídicos eleitorais que se sucedem no tempo e no espaço numa cadeia sucessivamente dependente.

278 Alterada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994.

279 Conforme restou reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008.

Tratou-se da alocação na Constituição de cláusula de reserva qualificada de restrição ao direito político fundamental do cidadão ser votado, pois o modo de realização da campanha eleitoral, percorrendo-se todas as fases do processo eleitoral²⁸⁰, deve ser submetido à sabatina de verificação da ocorrência de abuso de poder, que, uma vez configurado, tolhe o direito do indivíduo/candidato continuar no pleito ou mesmo gozar do resultado manifestado nas urnas.

Nesse caso, na conformação do princípio da legitimidade das eleições (GOMES, 2010, p. 45), e restrição dos direitos políticos, a inelegibilidade, como restrição à capacidade eleitoral passiva, é erigida em sua modalidade sanção, reacionária contra o abuso de poder no processo eleitoral.

Em síntese de tudo até aqui dito, havendo vício no processo eleitoral, decorrente da prática de abuso de poder, a democracia não se realiza (OLIVERIA, 2005, p. 22).

Logo, para combate ao mal da democracia, imperiosa é a necessidade de revelar o que é o abuso de poder e qual o instrumento que o sistema jurídico disponibiliza para enfrentá-lo.

3. ABUSO DE PODER: UMA HIPÓTESE DE CONFORMAÇÃO E RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Como já dissemos a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio democrático como norma de organização do poder soberano do povo, através da outorga de direitos políticos aos indivíduos, cujo núcleo do seu âmbito de proteção normativa inclui o direito ao voto e o direito de ser votado, tudo através do procedimento do sufrágio, na sua acepção ampla²⁸¹.

Então, antes de tudo, deve servir o direito eleitoral, no recorte metodológico das áreas de conteúdo do seu microsistema²⁸², à operacionalização dos direitos políticos, através da criação de um conjunto de regras procedimentais voltadas à regulamentação tanto do direito ao voto como do direito de ser votado.

Nesse sentido, é desenvolvido um largo arcabouço normativo sobre todas as etapas do processo eleitoral, iniciando-se com o alistamento eleitoral²⁸³, voltado

280 Que na expressão de RAMAYANA (2009, p. 84) se inicia com o alistamento eleitoral, perpassa pelas convenções, registro de candidatura e propaganda eleitoral, para culminar na votação, apuração, proclamação dos eleitos, prestação de contas e diplomação.

281 Na inteligência de PEDRA (2012, p. 128) “o sufrágio é um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal”.

282 Que engloba a Constituição Federal, o Código Eleitoral (Lei nº 4737/65), a Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90), a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95).

283 Disciplinado no artigo 42 ao 51 do Código Eleitoral, poder-dever do indivíduo conforme a ressalva do artigo

à habilitação do corpo de eleitores para o pleito, seguindo-se com as demais fases de escolha de candidatos pelas agremiações políticas²⁸⁴, registro de candidatura²⁸⁵, arrecadação e gastos de campanha²⁸⁶ para a viabilização da propaganda eleitoral²⁸⁷, tudo tendente à realização das eleições, apuração dos resultados, proclamação dos eleitos e suas respectivas diplomações²⁸⁸.

Para o exercício do dever cívico do voto²⁸⁹ basta ao direito eleitoral o alistamento eleitoral, encarado na compreensão de Reis (2012, p. 139) como “ato jurídico complexo pelo qual o eleitor procura demonstrar perante a Justiça Eleitoral o preenchimento dos requisitos constitucionais e legais de votar”.

De mais a mais, havendo conformação infraconstitucional ao exercício da capacidade eleitoral ativa²⁹⁰, por ser aqui importante, calha destacar que é, dentre outras, característica ao exercício do voto ser ele realizado de maneira livre (PEDRA, 2012, p. 137).

Para tanto, o direito eleitoral, no desenvolvimento das demais etapas do processo eleitoral, tem a pretensão de conformação da capacidade eleitoral passiva, estabelecendo as balizas procedimentais à sua realização, visando, em última ratio, dentre outras finalidades subjacentes a que se propõe a legislação eleitoral, a salvaguarda da liberdade no exercício do direito ao voto.

Isto é, somente através da estrita observância das regras do processo eleitoral atinentes ao direito de ser votado é que se viabiliza harmonicamente o direito ao exercício do voto de maneira substancialmente livre.

A partir dessa premissa pode-se concluir que a conformação da capacidade eleitoral passiva pelo legislador eleitoral acaba por ganhar contorno próprio de restrição a esse âmbito normativo do direito fundamental político de ser votado.

Não é de se estranhar tal constatação, pois a toda evidência, no âmbito de conformação normativa de um dado direito fundamental, enunciado, como no caso dos direitos políticos arrolados no artigo 14 e seu §4º da Constituição, de maneira inespecífica (porque não procedimentalizado), a sua concretização no

14, §1º, inciso I, da Constituição de 1988.

284 Convenções Partidárias registradas nos artigos 7º a 9º da Lei nº 9.504/97.

285 Na programação dos artigos 10 a 16-B da Lei nº 9.504/97.

286 Regramentada nos artigos 17 *usque* 27 da Lei nº 9.504/97, com a necessidade posterior de prestação de contas, a teor do artigo 28 da mesma Norma.

287 Cujos limites de realização encontram-se disciplinados pelos artigos 36 a 58-B da Lei nº 9.504/97.

288 No caminho das incumbências administrativas da Justiça Eleitoral previstas nos artigos 135 a 218 da Lei nº 4737/65.

289 Registro de CANOTILHO (2003, p. 131), ao explicitar sobre a obrigatoriedade do direito ao voto, indicando tratar-se de dever cívico do cidadão a se integrar à sua comunidade.

290 Cujo assento constitucional encontra-se na cabeça do artigo 14 da Constituição de 1988.

âmbito infraconstitucional, com o estabelecimento de sua área de proteção, acaba por significar sua própria limitação (DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 152).

E assim o faz o ordenamento jurídico eleitoral, explicitando, a nível normativo, o modo procedimental de realização do direito de ser votado.

Sendo o foco de nossa atenção o auferimento da legitimidade do resultado da Eleição, ante o influxo do pressuposto procedimental da democracia, a não observância das regras procedimentais do exercício da capacidade eleitoral passiva acaba por tisonar a legitimidade do próprio exercício da capacidade eleitoral ativa (manifestada formalmente pelo sufrágio).

Diante de tais transgressões ao ordenamento jurídico eleitoral é que o próprio legislador constituinte estabeleceu tanto no artigo 14, §10, que “o mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”, quanto no artigo 14, §9º, quando previu cláusula de reserva legal qualificada²⁹¹ para a defesa da “normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

No primeiro caso, pela força normativa da Constituição, suas disposições são autoaplicáveis, dotadas então de eficácia plena (VELLOSO e AGRA, 2009, p. 273).

No segundo caso, fica a cargo do legislador ordinário, através do veículo de Lei Complementar, estabelecer hipóteses de inelegibilidade, sanção com o fito específico de proteger a normalidade e legitimidade do pleito, fazendo restrição ao direito fundamental político de ser votado, elencando “em parte, ou totalmente, um comportamento correspondente a um direito fundamental (comportamento abrangido pela área de proteção do referido direito)”, para ligar à sua desobediência a “uma consequência jurídica negativa” “acompanhada de sanção” (DIMOULIS e MARTINS, 2007, p. 145).

E assim o faz porque a “inelegibilidade cominada é a sanção imposta pelo ordenamento jurídico, em virtude da prática de algum ato ilícito eleitoral – ou de benefício dele advindo –, consistente na perda da elegibilidade ou na impossibilidade de obtê-la”, podendo a inelegibilidade cominada ser simples para “a eleição na qual foi declarada a prática do ato reprochado como ilícito” (COSTA, 2013, p. 188-189), equivalendo-se, nesse último caso, pragmaticamente, à nulidade do ato jurídico da proclamação do resultado do pleito feita pela Justiça Eleitoral na sua competência administrativa de preparação, realização e apuração das Eleições²⁹²,

291 Como bem dizem MENDES e BRANCO (2012, p. 229 e 232): “Os direitos fundamentais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)”.

292 A teor do artigo 188 e seguintes do Código Eleitoral.

conforme a previsão do artigo 222 do Código Eleitoral²⁹³, culminando então a cassação de registro, diploma ou mandato do candidato malfeitor.

Tanto é verdade essa relação entre causa e efeito, que, dando plena eficácia à norma constitucional do art. 14, §9º, da Constituição, veio a redação original da Lei Complementar nº 64/90 dizer no seu artigo 19 que:

Art. 19. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

Parágrafo único. A apuração e a punição das transgressões mencionadas no caput deste artigo terão o objetivo de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Seguindo a Lei de Inelegibilidades para dizer que, apurado o antecedente normativo do abuso de poder (nas modalidades listadas pelo artigo 19 – abuso de poder econômico e político), incide o conseqüente normativo do seu artigo 22, inciso XIV, que revolve:

XIV – 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, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

Sendo linearmente aplicável essa correlação entre abuso de poder e sanção de cassação de mandato e inelegibilidade cominada potenciada nas disposições do artigo 14, §10º, da Constituição, conforme previsão da *fattispecie* prevista hoje no artigo 1º, inciso I, alínea “d”, da Lei Complementar nº 64/90²⁹⁴.

293 Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o Art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

294 Malgrado o Tribunal Superior Eleitoral ter hodiernamente entendimento de que inviável é a aplicação da sanção de inelegibilidade no bojo de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (TSE, Ação Cautelar nº 105237, Acórdão de 10/11/2015, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 26/11/2015, Página 75-77), desconsiderando assim por grave equívoco que a inelegibilidade é efeito anexo à decisão judicial que reconhece o abuso de poder, inexorável então sua aplicabilidade. Basta ver que os efeitos anexos da sentença, na dissertação de Rafael Calmon Rangel (2014, p. 148), são “consequên-

Destarte, constatado o abuso de poder durante o curso procedimental de realização da capacidade eleitoral passiva, por força direta ou de autorização expressa da Constituição, no curso procedimental da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (artigo 14, §10, da Lei Maior) ou da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (artigo 19 da Lei de Inelegibilidades), a Justiça Eleitoral restringe seu exercício, cassando o registro, diploma ou mandato do candidato, além de cominar-lhe inelegibilidade, sanção para o futuro, em tempo certo de 08 anos, a partir da data do pleito em que foi praticado o ato ilícito.

Ocorre que a figura do abuso de poder, posta tanto na Constituição como na Lei Complementar nº 64/90, é revestida do caráter de conceito jurídico indeterminado (OLIVEIRA, 2005, p. 25), entendido esse, na expressão de Barroso (2015, p. 455), como “conceitos que transmitem uma ideia inicial de sentido, mas que precisam ser integrados à luz dos elementos do caso concreto”.

Tal indeterminação da linguagem inerente à “textura aberta do direito”, decorre da “ignorância de fato” do Legislador, pois, como na compreensão de Hart (2007, p. 149), “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todos as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer”.

Por via de consequência, por essa vagueza, ambiguidade e porosidade sobre a figura do abuso de poder no processo eleitoral, o seu significado somente poder ser verificado de maneira concreta (GOMES, 2010, p. 441), porque “fluido, indeterminado, que na realidade fenomênica, pode assumir contornos diversos”, de modo que o preenchimento de seu conteúdo semântico é um problema de jurisdição.

Dessa expressão sobressai o papel de destaque da Justiça Eleitoral na defesa da normalidade e legitimidade do pleito. Tal se afirma, pois, o sistema de controle do processo eleitoral no modelo constitucional estruturado pela Constituição Federal de 1988 é jurisdicional, quando remete, em seu artigo 121, que a “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”, sendo recepcionada a Lei Ordinária nº 4.737/1965 (Código Eleitoral) como se assim o fosse, para lá elencar, dentro dos seus artigos 12 usque 41, um emaranhado de competências administrativas, consultivas, normativas e jurisdicionais, numa correlação perfeita para a condução de todos os atos jurídicos do processo eleitoral, sucessivamente desenhados e interdependentes, respectivamente antes, durante e depois de sua prática (RODRIGUES e JORGE, 2014, p. 172-173).

Dessa competência da Especializada fazer a filtragem da normalidade e legitimidade do pleito antes, durante e depois do processo eleitoral, emerge a problemática em torno da judicialização do processo eleitoral versus judicialização

da política²⁹⁵, havendo imperiosa necessidade de esclarecer que naquela função (de aplicação do direito) a Justiça Eleitoral apenas faz cumprir o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição), exercendo, quando provocada pelos legitimados previstos em Lei (em todos os casos na legitimação direta do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/1990²⁹⁶), a adstrição da prestação jurisdicional de acordo com o conteúdo determinado pelo processo²⁹⁷, tudo em obediência ao devido processo legal, com os corolários das garantias da amplitude do direito de defesa e dos meios a ela inerentes (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição).

Trata-se então, nesse caminhar, de atividade eminentemente de solução de litígios, de natureza jurídica eleitoral, não se podendo confundir a alteração do resultado material de uma Eleição pela Justiça Eleitoral com um ato de atuação política, livre de critérios legais bem pré-definidos.

4. DA PERMANENTE NECESSIDADE DE RETORNO AO MUNDO DOS EVENTOS PARA A REVELAÇÃO DO SIGNIFICADO DE ABUSO DE PODER PELA JUDICIALIZAÇÃO DO PROCESSO ELEITORAL.

Haja vista a indeterminabilidade dos significantes linguísticos, a técnica legislativa de inclusão na Lei de conceitos jurídicos indeterminados (significantes gerais denominados predicadores) é extremamente saudável, pois não há como o legislador antever todas as possíveis ocorrências do cotidiano aptas a ingressarem no âmbito de conformação trazido pela regra, de modo que, para o acompanhamento da constante mudança da realidade social, o conceito jurídico indeterminado entra em ação como mecanismo de constante atualização e modulação da norma jurídica para viabilizar a sua incidência diante de casos concretos.

É exatamente este o caso, como dito em linhas acima, do conceito de abuso de poder no processo eleitoral, pelo que o preenchimento de seu conteúdo semântico deve ser feito diante do caso concreto²⁹⁸, transferindo essa problemática da definição de seu alcance e sentido para a jurisdição da Justiça Eleitoral, como se tem diretamente na própria Constituição (cabeça de seu artigo 14, §10) e no

295 Debate este bem trabalhado por RODRIGUES e JORGE (2014, p. 282-283).

296 Que insere partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral.

297 A atuação jurisdicional deve receber o influxo da adstrição da decisão ao pedido (seu objeto litigioso) veiculado na pretensão autoral, conforme predeterminações dos artigos 141 e 492 do Novo Código de Processo Civil.

298 Essa é uma espécie de lacuna ontológica do ordenamento que é preenchida através do ativismo judicial, entendido esse, na intelecção de BARROSO (2015, p. 441-442), como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins, com maior interferência no espaço de atuação dos dois outros Poderes”.

parágrafo único do artigo 19 da Lei de Inelegibilidades, que conformam, respectivamente, instrumentos processuais ao combate do abuso de poder tanto a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo como a Ação de Investigação Judicial Eleitoral.

E a interpretação, como forma de produção da norma jurídica, respaldada na argumentação, como legitimação (intrínseca e extrínseca) através da fundamentação, necessita ainda da aplicação, pois “não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 90). Exatamente por tal razão é que Frederich Muller (2000, p. 61 e 63) propala a concretização em vez de interpretação do texto da norma²⁹⁹, já que “não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado, nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mais complementar, os elementos necessários às decisões jurídicas”.

Dessa verificação de obrigação da interpretação e sua correspondente argumentação estarem voltadas à conformação empírica da realidade, emerge a intercombinação entre a teoria da decisão, interpretação e argumentação, sendo prevalentemente enaltecido o direito judiciário³⁰⁰ na criação do direito.

Outrossim, de imperiosa necessidade é destacar que todo esse processo da exegese legal é tomado em um único ato cognitivo³⁰¹³⁰², denominado de compreensão, “aprendida na forma de interpretação que se desenvolve no seio da linguagem” (GADAMER, 2002, p. 566).

Para não ser rompida essa linha tênue entre judicialização do processo eleitoral (atividade jurisdicional no exercício da jurisdição contenciosa) e judicialização da política³⁰³, a atividade jurisdicional de interpretação, argumentação e decisão não pode incidir em discricionariedade ou decisionismo na extração do significado de abuso de poder diante dos casos que lhe serão postos para processamento e julgamento³⁰⁴.

299 A aplicação torna-se assim um evento hermenêutico.

300 O direito judiciário ou jurisprudencial é aquele produzido ao largo da atividade criativa do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, tendo essa corrente de pensamento como entusiasmo defensor de seus aspectos positivos e legitimidade democrática o jusfilósofo CAPPELLETTI (1999, p. 93-111).

301 Na lição de CUNHA (2014, p. 59): “não há espaço para uma compreensão de etapas (subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi), em que primeiro eu compreendo a norma, para depois fundamentar essa operação e, somente então partir para aplicação, como se os sentidos pudessem ser antecipados ou justificados antes da compreensão da norma”.

302 Fica rompida assim a visada da hermenêutica clássica em que o sentido do signo já era predado pela significação da linguagem, e que competia apenas ao interprete reconstruir seu significado predado, e não criar um novo (CUNHA, 2012, p. 138). A hermenêutica tinha assim um caráter procedimental.

303 Na referência de BARROSO (2015, p. 437) “a judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social, ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”.

304 Essa é exatamente a preocupação contemporânea em torno da criação do direito judiciário (como norma decisão), questão essa muito bem exposta por José Rodrigo Rodriguez (2002, p. 279280).

Obviamente, como proposição de superação dessa intempérie, antes de tudo, a Legislação serve como primeira barreira de contenção ao arbítrio da atividade interpretativa. “Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos” (ÁVILA, 2007, p. 30).

Isso porque não se poder separar o texto da ideia que procura exprimir, vez que os significados não possuem existência independente do signo pelos quais são expressos. Assim, essas expressões simbólicas (que são os signos) serão sempre um dado de entrada (ponto de partida) para a interpretação jurídica³⁰⁵.

No caso do abuso de poder, seu tratamento pela Legislação eleitoral, como explicitado alhures, é uma questão de conformação e restrição de direitos fundamentais, como a operacionalização do princípio democrático e por via de consequência do exercício dos direitos fundamentais políticos, ou mesmo, numa outra dimensão oposta, salvaguardar a normalidade e legitimidade do pleito do abuso de poder econômico/político/meios de comunicação, o direito ao sufrágio livre, a igualdade de condições dos candidatos concorrentes e a transparência na prestação de contas, tudo em decorrência de cláusula de autorização expressa ou sistematicamente extraída do texto da Constituição para realizar determinados fins e valores em todos os casos.

Assim é que, principalmente para regular o direito à ser votado (e a prática de atos jurídicos eleitorais com tal objetivo último), pela Legislação eleitoral é estabelecida uma série de regras atinentes à forma de realização da propaganda eleitoral³⁰⁶, arrecadação e gastos de campanha³⁰⁷, bem como são previstas regras proibitivas de conduta, tais como a captação e gastos ilícitos na campanha³⁰⁸, captação ilícita de sufrágio³⁰⁹ e condutas vedadas aos agentes públicos em campa-

305 Segundo GADEMER (2002, P. 405): “Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à causalidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinado e consequentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, (tem que estar) disposto a deixar que ele diga alguma coisa de si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco autoanulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de conformar sua verdade com próprias opiniões prévias”.

306 Artigos 36 a 57-I da Lei nº 9.504/1997.

307 Artigos 17 a 27 da Lei nº 9.504/1997.

308 Artigo 30-A da Lei nº 9.504/1997.

309 Artigos 41-A da Lei nº 9.504/1997.

nhas eleitorais³¹⁰, além de indistintamente a prática de crimes eleitorais³¹¹.

Insta salientar, por ser importante, que, se devotarmos melhor atenção sobre tais regras proibitivas de comportamento (declinadas acima, especialmente no que toca aos ilícitos cíveis-eleitorais) no curso da campanha eleitoral por parte de candidatos (e correligionários), chega-se à conclusão da diversidade do bem jurídico tutelado por cada uma delas (sua finalidade subjacente), a saber: a) higidez das normas relativas a arrecadação e gastos de recursos eleitorais³¹², no caso do artigo 30-A da Lei nº 9.504/1997; b) a liberdade no exercício do voto, no caso do artigo 41-A da Lei nº 9.504/1997³¹³; c) igualdade de condições entre os candidatos concorrentes, no caso do artigo 73 e seguintes da Lei nº 9.504/1997³¹⁴.

Malgrado essa correspondência individual de realização de um direito subjetivo em cada fonte formal³¹⁵, a rigor, a violação das regras atinentes à arrecadação e gastos de campanha, a corrupção eleitoral, e a prática de condutas vedadas, são espécies do gênero maior abuso de poder no processo eleitoral, na modalidade, respectiva, nos dois primeiros casos de abuso de poder econômico (MALDONADO, 2013, p. 44), e no último caso de abuso de poder político (MALDONADO, 2016, p. 78).

Nessas situações até aqui expostas, dado o princípio da tipicidade das ações eleitorais³¹⁶, que determina que para cada crise dessa de direto material existe um único instrumento jurídico processual adequado à sua perquirição³¹⁷, para todos, conforme as previsões dos artigos 30-A, §1º, 41-A, 73, §12 e 74, da Lei das Eleições, esse é a Investigação Judicial Eleitoral, cujo procedimento encontra-se descrito no artigo 22 da Lei Complementar nº 64/1990³¹⁸.

310 Artigos 73 a 78 da Lei nº 9.504/1997.

311 Artigos 289 a 354 da Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral).

312 Como pontuamos na nossa Lei Eleitoral Comentada (MALDONADO e MALDONADO, 2012, p. 253).

313 Como pontuamos na nossa Lei Eleitoral Comentada (MALDONADO e MALDONADO, 2012, p. 336).

314 Como pontuamos na nossa Lei Eleitoral Comentada (MALDONADO e MALDONADO, 2012, p. 474).

315 ADEODATO (2011, p. 63-88) muito bem retoma a discussão da existência ou não de direito subjetivo prévio ao direito objetivo (positivado), dizendo que, se o assim o for, esses valores superiores a moldaram a norma jurídica deverão ser retórica materialmente consagrados pelo poder constituinte.

316 Sobre o princípio da tipicidade das ações eleitorais salutar é o trabalho de RODRIGUES e JORGE (2014, p. 286-288).

317 TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25683326, Acórdão de 21/06/2011, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 12/08/2011, Página 59-60.

318 Existe um embate sem sentido na doutrina e jurisprudência eleitoral de querer qualificar que os ilícitos cíveis-eleitorais previstos na Lei nº 9.504/1997 devem ser combatidos por meio do instrumento da Representação Eleitoral do artigo 96 da mesma Lei, seguindo-se assim, outrossim, o rito do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/1990. Tal proposição é paradoxal, vez que determinada ação tem sua marca de realização no procedimento estabelecido para seu regramento (conjunto de atos processuais), formando um rito próprio.

Dessas afirmações não se pode dizer ainda conclusivamente que os ilícitos cívicos-eleitorais de violação às normas atinentes à arrecadação e gasto de campanha, prática de corrupção eleitoral e condutas vedadas a agentes públicos em campanha são as hipóteses linearmente fenomênicas (âmbito de conformação fático) da figura do abuso de poder generalizadamente disposta no artigo 14, §10, da Constituição e no artigo 19 da Lei Complementar nº 64/1990.

Como dito, as finalidades subjacentes dos mesmos são diversas daquela promulgada pelo artigo 14, §9º, da Constituição, que é explicitamente a defesa da normalidade e legitimidade do pleito.

Tanto é que, para reconhecimento do antecedente normativo previsto pelos artigos 30-A, 41-A, e 73 e seguintes da Lei nº 9.504/1997, na norma decisão, quando da argumentação sobre a interpretação na construção de sentido e alcance de suas ocorrências fenomênicas, incide, na primeira hipótese, o postulado hermenêutico da proporcionalidade³¹⁹, para trazer o conseqüente normativo da cassação de registro, diploma ou mandato (prevista no artigo 30-A da Lei das Eleições) e inelegibilidade cominada potenciada (disposta como *fattispecie* no artigo 1º, inciso I, letra “j”, da Lei Complementar nº 64/1990) apenas quando a gravidade do fato autorizar a incidência das odiosas conseqüências da Lei (quando verdadeiramente o objeto jurídico tutelado pela norma for lesado)³²⁰. E, nos demais casos (segunda e terceira hipótese), pela verificação de prática dos ilícitos de corrupção eleitoral e cometimento de condutas vedadas em campanha por agente público, já se decorre uma presunção *iuris et de iure* (absoluta) de violação de sua finalidade subjacente^{321,322}, autorizando desde já a aplicação da norma-sanção pelo Estado, que também é retratada na cassação de registro, diploma ou mandato e inelegibilidade cominada potenciada (prevista nos artigos 41-A³²³, 73, §5º, 74,

Assim, na afirmação dessa esquisita corrente que dogmaticamente é majoritária a Ação seria a Representação Eleitoral, mas o rito seria da Investigação Judicial Eleitoral. Sinceramente, isto é a Ação de Investigação Judicial Eleitoral, chamada por conveniência desarrazoada de Representação Eleitoral.

- 319 CANOTILHO (2003, p. 617) conceitua o princípio da proporcionalidade como princípio da proibição de excesso, indicado que “este princípio, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (como justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins).”
- 320 TSE, Recurso Ordinário nº 2295377, Acórdão de 28/10/2014, Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 220, Data 21/11/2014, Página 8/9.
- 321 Até mesmo porque que quando constada a compra de voto, é claro e inegável que a liberdade individual do sufrágio não foi livre.
- 322 Também é intuitivo que aquele que usa da máquina pública em favor de determinada campanha eleitoral quebra a condição de igualdade entre os concorrentes.
- 323 TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 95246, Acórdão de 03/09/2015, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 23/10/2015, Página 74.

75 e 77³²⁴, parágrafo único da Lei nº 9.504/1997, e artigo 1º, inciso I, letra “j”, da Lei Complementar nº 64/1990).

Soma-se à essa fundamentação a constatação inegável que pelo comando do artigo 14, §9º da Constituição, somente cumprirá ao veículo da Lei Complementar estipular hipóteses de inelegibilidade que tenham o condão de proteger a normalidade e legitimidade das eleições, tendo, em contrapartida, respectivamente, os ilícitos dos artigos 30-A, 41-A, e 73 e seguintes sido introduzidos no ordenamento jurídico eleitoral pelas Lei Ordinárias nº 11.300/2006, 9.840/1999 e 9.504/1997.

Tal não se quer dizer que os ilícitos cíveis-eleitorais de violação às normas atinentes à arrecadação e gasto de campanha, corrupção eleitoral e conduta vedada não componham o âmbito de conformação fático do abuso de poder³²⁵ esculpido no artigo 14, §10, da Constituição, e artigo 19 da Lei Complementar nº 64/1990, caso em que o delineamento do evento real (abuso) segue as diretrizes desses ilícitos (isto é, seus elementos de configuração), somado, dada a finalidade do abuso de poder proteger a normalidade e legitimidade do pleito, agora, a um elemento material empírico de verificação da potencialidade lesiva do ato ilícito macular o resultado do pleito^{326/327/328}.

Da mesma forma que essas regras proibitivas são tomadas como ponto de partida para a definição de abuso de poder, as demais regras previstas ao largo da legislação eleitoral atinentes ao exercício da capacidade eleitoral passiva também servem como ponto de partida para a compreensão do abuso de poder, como, exemplificamente, o excesso no descumprimento das regras sobre a propaganda eleitoral, como no caso de uma maciça realização de propaganda eleitoral antecipada (antes do prazo do início do período eleitoral positivado no artigo 36 da Lei nº 9.505/1997), erigida a abuso dos meios de comunicação, quando interferir,

324 Em que em todos esses casos a aplicação do princípio da proporcionalidade somente incidirá na gradação do consequente normativo, que vai desde multa e cassação de registro, diploma ou mandato, conforme reiteradamente decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 95246, Acórdão de 03/09/2015, Relator(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 23/10/2015, Página 74).

325 São espécies desse gênero maior.

326 Sobre o assunto em Artigo intitulado “Potencialidade Lesiva nas Ações Eleitorais” defendemos que o aferimento da potencialidade lesiva de mácula do processo eleitoral diante da prática do abuso de poder decorre da ponderação entre o princípio democrático (de participação do povo na escolha de seus representantes) e o princípio da proteção da normalidade e legitimidade do pleito, pela técnica da harmonização entre princípios constitucionais (MALDONADO, 2012, p. 54).

327 TSE, Recurso Ordinário nº 273560, Acórdão de 02/12/2014, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Relator(a) designado(a) Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 31, Data 13/02/2015, Página 32/33.

328 Malgrado hodiernamente indicar o artigo 22, inciso XVI, da Lei Complementar nº 64/1990 que “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”.

ainda que potencialmente, na normalidade e legitimidade das eleições³²⁹.

E mais, a prática de crimes eleitorais também serve de norte interpretativo à revelação do significado de abuso de poder no processo eleitoral, como no caso do transporte de um número significativo (em relação ao eleitor de uma dada circunscrição eleitoral) de eleitores de zona rural para votar no centro de uma dada Cidade, incluindo na benesse da viagem, parada para almoço e água para os eleitores viajantes, tudo às custas de um específico candidato, evidenciado a prática de abuso de poder econômico (crime do artigo 302 do Código Eleitoral) contra a normalidade e legitimidade do pleito³³⁰.

Dessa conclusão apresentada incidem dois constrangimentos à decisão, interpretação e argumentação em torno da revelação de significado de abuso de poder diante de um caso concreto. Primeiro, um critério formal, que é o ponto de partida (dado de entrada) decorrente do respeito à dignidade da Legislação eleitoral, que traça dispositivos normativos relacionados tanto à forma de realização da campanha eleitoral como em relação às proibições de ações no seu curso. E segundo, um critério material, voltado à comparação da eleição do alcance e sentido da norma-decisão com o estado ideal de coisas que ela quer realizar no seu pano de fundo.

Entrementes, pela indeterminabilidade semântica do conceito de abuso de poder haverá outros casos difíceis que não incidirão no seu âmbito de conformação. Nessas situações não se terá aprioristicamente pontos de partida (decorrente de dispositivo normativo) para a identificação do abuso de poder. Por via de consequência, pela necessidade de completude do ordenamento jurídico (princípio do *non liquet*³³¹), serão desveladas hipóteses outras de abuso de poder pela atividade criativa do juiz.

Todavia, o exercício de atividade criativa pelo juiz na revelação do conceito de abuso de poder diante do caso concreto não o autoriza a agir com discricionariedade ou decisionismo, como no positivismo jurídico kelsiano (1987, p. 237-238) e hartiniano (2007, p. 355-359), caso em que, no primeiro, o juiz, como interprete autêntico do direito, elege discricionariamente sua interpretação dentre as prévias molduras de sentido e alcance da norma estabelecida pela interpretação científica dada pela doutrina. E, no segundo, partindo da premissa da indeterminação

329 TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25340, Acórdão de 18/05/2006, Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 01/08/2006, Página 238.

330 TSE, Ação Cautelar nº 85230, Acórdão de 23/06/2015, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 157, Data 19/08/2015, Página 60/61.

331 ADEODATO *apud* FERRAZ (2011, p. 116) averba que o direito dogmático solvendo o problema das escolhas éticas e o problema de relação das regras gerais prévias com os casos concretos individualizados trata da seguinte maneira os conflitos que lhe sucedem: a) princípio de proibição de negação – exigência de que toda e qualquer decisão e correspondente interpretação precisa tomar como ponto de partida uma norma jurídica. Ou seja, o argumento somente é válido quando se reputa à normas do sistema; b) princípio da proibição do *non liquet* - obrigatoriedade de decidir todo e qualquer conflito.

parcial própria da linguagem, as hipóteses do mundo fenomênico se dividem em casos fáceis, bastando ao juiz a aplicação do método subsuntivo (análogo ao silogístico), e em casos difíceis, quando o Juiz age livremente por decisionismo na interpretação do direito (discricionariedade em sentido forte, dado seu desapego à um prévio pressuposto normativo).

Em verdade, como propala Dworking (2007, p. 60), como o ordenamento jurídico é um sistema hermeticamente fechado, os princípios, institucionalizados pela sua cristalização em direitos e garantias fundamentais (OMMATI, 2004, p. 164), como espécie normativa, incidem sobre a interpretação dos casos difíceis, outorgando os mesmos ao interprete livre eleição de meios à sua realização, dado que, como no magistério de Alexy (1985, p. 90/106), eles são mandatos de otimização que se realizam ao mais que possível, limitada sua aplicação à relação de precedência condicionada a princípios outros colidentes, se resolvendo sua eventual colisão pela lei do sopesamento, em que no caso concreto, argumentativamente, é atribuída uma dimensão de peso aos princípios postos em entrechoque, selecionando-se o preponderante.

No caso da luta contra o abuso de poder, pela prática de ações que não contra legem, mas que afetem a normalidade e legitimidade das eleições, invariavelmente haverá colisão com o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição), que predetermina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nesses casos difíceis haverá um incremento sobre o ônus argumentativo do intérprete (como é a exigência natural de motivação dos atos jurisdicionais almejada pelo artigo 93, inciso XI, da Constituição, e atualmente procedimentalizado no artigo 489 do Código de Processo Civil), que deverá explicitar razões compatíveis com o controle público da linguagem³³², que legitimem a conclusão do significado de abuso de poder diante de um caso concreto (pelo fundamentado retorno ao mundo dos eventos), de modo a respeitar o limite do livre arbítrio traçado pelo princípio da legalidade, e realizar substancialmente as normas do artigo 14, §10, da Norma Fundamental, e artigo 19 da Lei de Inelegibilidades.

Portanto, como critérios para o exercício do controle público da linguagem na definição de abuso de poder no processo eleitoral devem ser levados em consideração: a) que o ato ilícito seja praticado no curso de campanha eleitoral em curso ou vindoura³³³; b) que essas mesmas ações contrárias ao direito estejam

332 A respeito do controle público da linguagem bem diz ADEODATO (2011, p. 31-75 e 125-147) que sua percepção permite o estabelecimento de uma ferramenta contra o individualismo na percepção da ética e também do mundo. Para tanto, a partir da constatação de que como a realidade é constituída pela Acomunicação como um conjunto de informações (não troca de informações), sobre essa (a realidade) recaem os corolários da intersubjetividade como critério da realidade, gerando o controle público da linguagem.

333 “Ausente qualquer matriz eleitoral no evento considerado, não há como caracterizá-lo” (GOMES, 2010, p. 255) como abuso de poder com repercussão específica na seara eleitoral.

voltadas a favor de candidato/partido/coligação (intervenientes diretos do processo eleitoral).

Transpondo essa afirmação para a realidade, relembramos que no repertório jurisprudencial do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Espírito Santo houve exatamente essa realização do estado de coisas da defesa da normalidade e legitimidade do pleito para encontrar-se o conceito de abuso de poder econômico diante de um caso concreto, ocorrido em uma determinada Eleição Municipal, em que o candidato a Prefeito fez a contratação de aproximadamente vinte por cento do eleitorado para trabalhar como cabo eleitoral (possibilidade jurídica, pois se trata de gasto lícito de campanha, na forma do artigo 26, inciso VIII, da Lei nº 9.504/1997), cooptando o apoio de parte significativa dos eleitores locais pelo despejo excessivo de dinheiro em sua campanha^{334,335}.

Por fim, há que se dizer que existe uma força gravitacional atuando nas decisões judiciais legitimadas por sua fundamentação em princípios, porque o juiz decide sem criar ruptura no sistema de precedentes que lhe é antecedente (“teia inconsútil”). Isto é, na aplicação da função integrativa dos princípios, de preenchimento das lacunas no direito (não reguladas apriorística e definitivamente pelas regras), sua interpretação sempre será construtiva a partir da consideração do todo sobre a qual está inserida (“hipótese estética”), extraíndo-se o âmbito de conformação normativo e fático dos princípios em relevo da prática jurisprudencial vigente, como que um “romance em cadeia”, a partir de uma dimensão de adequação pelo conhecimento de sua descrição, para a partir da dimensão de justificação, argumentativamente, o interprete selecionar a melhor interpretação como capítulo coerente do romance fluído (ideia do direito como integridade de Ronald Dworking)³³⁶.

Destarte, não pode haver “solipsismo exegético”, de modo que ingressa como constrangimento hermenêutico à livre eleição de sentido e alcance do princípio da proteção da normalidade e legitimidade do pleito a aplicação do artigo 926 do Código de Processo Civil³³⁷, que dita que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. O desafio é “reconhecer o direito como algo criado por meio de leis, mas, igualmente, seguir as decisões que o próprio Judiciário tomou no passado. Isso o levará a construir um sistema baseado em princípios jurídicos capazes de fornecer a melhor justificativa para os precedentes judiciais” (BAHIA, NUNES e PEDRON, 2015, p. 3).

334 Publicação do Acórdão nº 364, de 14/12/2009, no DJE do TREES, em 15/01/2010, págs. 09/10.

335 Somente nos dias atuais é que existe limite quantitativo à contratação de cabos eleitorais, conforme introdução do artigo 100-A na Lei das Eleições pela Lei nº 12.891/2015.

336 Inteligência de OMMATI (2004, p. 156-162).

337 A míngua da existência de efeito vinculante dos precedentes exarados pelo Tribunal Superior Eleitoral, a *contrario sensu* da leitura do artigo 927 do Código de Processo Civil.

5. CONCLUSÃO.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pelo recorte metodológico sobre os consensos mínimos prevaletentes no nosso meio social, estabeleceu em sua parte orgânica o princípio democrático (artigo 1º, parágrafo único), como forma de realização do poder soberano do povo, estipulando, concomitantemente, por consagração de inspiração, em sua parte dogmática, os direitos fundamentais políticos (distribuídos ao largo do artigo 14), cujo núcleo duro são os direitos de votar e de ser votado, sendo então essas duas condições procedimentais (intercombinadas) mínimas e necessárias para realização da democracia brasileira.

Ao lado desses predicados, o poder constituinte esculpiu no artigo 14, §§9º e 10º, a figura do abuso de poder (de eficácia plena e limitada, respectivamente), trazendo à tona o princípio da legitimidade das eleições, sendo a inelegibilidade entendida aqui, dentre outra concepção, como a cassação de registro, diploma ou mandato, mecanismo próprio de reação normativa contra o abuso de poder no processo eleitoral.

Destarte, nesse entrechoque, somente um processo eleitoral salvaguardado do abuso de poder é que poderá conferir legitimidade democrática ao resultado do pleito.

Para esse auferimento, necessária é a delimitação do contorno jurídico do abuso de poder e indicação de quais são os instrumentos legais à sua perquirição.

Para essa compreensão, de partida, é de se dizer que o ordenamento jurídico eleitoral, na operacionalização do direito de votar e ser votado, e pela previsão expressa de ações contrárias à sua realização, acaba por conformar e restringir os direitos fundamentais políticos. Nesse diapasão é que o direito eleitoral passa a regulamentar todas as fases do processo eleitoral.

Como o ordenamento eleitoral se coloca a serviço então dos direitos políticos, e, por conseguinte, ao princípio democrático, somente a observância de suas normas é que imprime a normalidade e legitimidade do pleito.

É exatamente para essa coibição que entra em cena a figura do abuso de poder previsto no artigo 14, §10, da Constituição e conformado no artigo 19 da Lei Complementar nº 64/90.

Nessas positivações a figura do abuso de poder é revestida do caractere de conceito jurídico indeterminado, lacuna ontológica do direito, que remete o preenchimento de seu conteúdo semântico como problema de jurisdição.

Essa indeterminabilidade semântica (sua generalidade) é própria das vicissitudes da linguagem (vagueza, ambiguidade e porosidade), pelo que o significado da norma jurídica é extraído do signo linguístico estampado no texto legal por um conjunto de palavras transmitidas comunicacionalmente pelo significante.

Por isso é que, como estratégia retórica, esse significante linguístico, generalizado por essência, serve-se de predicadores, expressões que procuram designar um grupo ou classe de eventos e significados, diante dos quais a linguagem humana abstrai os elementos contingentes e individualizadores em prol do que os eventos e significantes têm em comum.

Por derradeiro, somente diante do caso concreto é que se extrai o conceito de abuso de poder no processo eleitoral.

Mas essa atividade interpretativa, decorrente da inevitável trajetória entre texto e norma (significante e significado), não pode incidir num subjetivismo exacerbado judicial na reconstrução da realidade.

É aqui que emerge a imperiosa necessidade de adoção do sentido de norma decisão, como o retorno ao mundo dos eventos para construção do significado de abuso de poder, pela simbiose entre técnica de interpretação, na eleição de alcance e sentido do significante linguístico que porta o conceito de abuso de poder, e argumentação como ato de legitimação dessa escolha ética eleita.

Sendo assim, é que a Justiça Eleitoral, responsável pelo controle externo jurisdicional do processo eleitoral, passa a fazer sua judicialização, segundo os critérios pré-definidos pelo próprio ordenamento jurídico.

6. REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 1ª. Ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 7ª. Ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta?. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/>>. Acessado em: 21 de dezembro de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5ª. Ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. 8ª. Ed. Paz e Terra: São Paulo, 2002.

_____. Teoria da Norma Jurídica. 3ª. Ed. Edipro: São Paulo, 2005.

_____. Teoria Geral do Direito. 1ª. Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2007.

BRASIL, Constituição. Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 135/2010. Brasília. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp135.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 64/1990. Brasília. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 4.737/1965. Brasília. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 5.869/1973. Brasília. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869compilada.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 9.840/1999. Brasília. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9840.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 11.300/2006. Brasília. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11300.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.891/2013. Brasília. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12891.htm>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Ação Cautelar nº 85230, rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 19/08/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25340, rel. Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, DJe 18/05/2006. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25683326, rel. Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, DJe 12/08/2011. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 26/10/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Recurso Especial Eleitoral nº 95246, rel. Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, DJe 23/10/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 633703, rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 18/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 2295377, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 21/11/2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Recurso Ordinário nº 273560, rel. Min. MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, DJe 13/02/2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acessado em: 03 de março de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª. Ed. Almedina: Rio de Janeiro, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. 1ª. Ed. Sérgio Antônio Fabres: Porto Alegre, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 3ª. Ed. Noeses: São Paulo, 2009.

COSTA, Adriano Soares. Instituições de Direito Eleitoral. 9ª. Ed. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2013.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica e argumentação no direito. 1ª. Ed. CRV: Curitiba, 2014.

_____. Hermenêutica filosófica e direito. Fenomenologia e direito, Rio de Janeiro, v. 04, n. 2, p. 117-139, out. 2011 – mar. 2012.

DEMETERCO NETO, Antenor. O Abuso nas Eleições. 1ª. Ed. Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 1ª. Ed. RT: São Paulo, 2007.

DWORKIN, Ronald. La democracia posible: principios para un nuevo debate político. Trad. Ernest Weikert García. 1ª. Ed. Paidós: Barcelona, 2007.

_____. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. 1ª. Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

HART, Herbert. O Concito de Direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Paradigmas de la democracia constitucional. Buenos Aires: Ediar, 2009.

GADEMER, Hans-Georg. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. V.1. e. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GOMES, José Jairo. Paradigmas Atuais do Direito Eleitoral. In: Revista Estudos Eleitorais. V. 7, n. 2. Ed. Tribunal Superior Eleitoral: Brasília, 2012.

KELSEN, Hans. A democracia. 1ª. Ed. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

_____. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª. Ed. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

JORGE, Helio Maldonado. MALDONADO, Helio Deivid Amorim. Lei Eleitoral Comentada. 1ª Ed. Helios Editora: Vitória, 2012.

MALDONADO, Helio Deivid Amorim. Assento constitucional do rol de condutas vedadas, taxatividade de suas disposições e plasticidade do abuso de poder político no ordenamento jurídico. In: Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Ano 7, n. 13. Fórum: Belo Horizonte, 2015.

_____. Potencialidade lesiva nas ações eleitorais. In: Revista Estudos Eleitorais. V. 8, n. 3. Ed. Tribunal Superior Eleitoral: Brasília, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª. Ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª Ed. Atlas: São Paulo, 2008.

MULLER, Fredrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Quem é o povo. 2ª. Ed. Max Limonad: São Paulo, 2000.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. Abuso de Poder nas Eleições: A Inefetividade da Ação de Investigação Judicial Eleitoral. 1ª Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

OMMATI, J. E. M. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. In: Marcelo Cattoni. (Org.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. 1ª. Ed. Mandamentos Editora: Belo Horizonte, 2004.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A Constituição Viva. 2ª. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 9ª Ed. Impetus: Niterói, 2009.

RANGEL, Rafael Calmon. Pedidos implícitos e efeitos anexos da sentença. In: Revista Forense. V. 419. Ed. Revista Forense: São Paulo, 2014.

REIS, Marlon. Direito Eleitoral Brasileiro. 1ª. Ed. Brasília: Alummus, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Chein. Manual de Direito Eleitoral. 1ª. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 6ª. Ed. RT: São Paulo, 1999.

7

ASSENTO CONSTITUCIONAL DO ROL DE CONDUTAS VEDADAS, TAXATIVIDADE DE SUAS DISPOSIÇÕES E PLASTICIDADE DO ABUSO DE PODER POLÍTICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Caleb Salomão Pereira Silva³³⁸

Helio Deivid Amorim Maldonado

1. INTRODUÇÃO.

Justificando formar corpos administrativos estáveis, o então deputado federal Mendonça Filho propôs nova redação ao §5º, do artigo 14, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o instituto da reeleição no ordenamento jurídico eleitoral pátrio. Permitia-se, assim, em última análise, o exercício do poder soberano do povo, preconizado pelo parágrafo único, do artigo 1º, da Carta Magna, através do sufrágio, para manutenção da administração bem sucedida³³⁹ no poder.

Impulsionada pela adesão do Chefe do Poder Executivo Federal, em 04 de junho de 1997, na data limite para vigência e eficácia nas Eleições de 1998³⁴⁰, foi

338 Advogado, Mestre e Doutor em Direito. Professor de Direito Constitucional, de Ética e de Direitos Humanos. Diretor do Instituto Cognorama.

339 Nada obstante a praxe política tenha demonstrado que o instituto da reeleição acarreta a personificação do candidato, tornando problemática a consolidação da partiocracia decorrente da exigência de filiação partidária como requisito de elegibilidade, *ex vi* do artigo 14, §3º, inciso V, da Constituição Federal.

340 Nos termos do artigo 1º da Lei nº. 9.504/1997, as Eleições, quer sejam Gerais (Presidente, Governador, Senador, Deputado Federal e Estadual), quer sejam Municipais (Prefeito e Vereador), sempre ocorrerão na data do primeiro domingo de outubro do ano da Eleição. E, segundo o princípio da anualidade da lei eleitoral,

publicada a Emenda Constitucional nº 16, trazendo a seguinte novel redação para o objeto de sua reforma:

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente (...).

Desse modo ficou estabelecido no cenário jurídico eleitoral o instituto da reeleição, permitindo-se ao Chefe do Poder Executivo de todas as esferas do Poder a continuidade do exercício da governança durante o período eleitoral para a disputa subsequente do mesmo mandato.

Em verdade, a inovação trazida pelo poder constituinte reformador é parcial. Isso porque, em sua redação original o §9º, do artigo 14, da Lei Fundamental, determinava que competia à Lei Complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade (e os prazos de sua cessação) que não previstos na Constituição. Sendo a norma tratada de eficácia limitada³⁴¹, competiu à Lei Complementar nº. 64/1990 sua regulamentação. Logo, na leitura a *contrario sensu* da Lei de Inelegibilidades, sempre foi cediça a possibilidade de reeleição daqueles mandatários de cargos políticos do Poder Legislativo (sem necessidade de desincompatibilização³⁴²), desde que para a disputa da mesma função exercida.

Em todo caso, foi a partir da Emenda Constitucional nº 16/1997 que ficou permitido o uso do instituto da reeleição para todos os cargos mandatários, do Poder Executivo e Legislativo.

Diante desse panorama, houve uma imediata reação legislativa contra aquilo que é intuitivo, ou seja, o uso da máquina pública em favor de campanha eleitoral do seu titular. Nesse diapasão, em 30 de setembro de 1997 foi publicada a Lei nº. 9.504/1997, trazendo em seu bojo os artigos 73 *usque* 79, no capítulo específico “Das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanha Eleitoral”.

A partir de então, a legislação eleitoral impõe uma série de restrições, durante o período da campanha, às atividades do agente público. A introdução das *condutas vedadas* no ordenamento jurídico eleitoral como contraponto ao instituto da reeleição alinha-se à missão do Estado de estabelecer garantias ao cidadão “voltadas a permitir que a opção eleitoral seja alcançada de forma livre de coações morais ou materiais e que seu exercício se dê sem a intercorrência de quaisquer modalidades de fraude” (REIS, 2012, p. 78–79).

previsto no artigo 16 da Constituição Federal, a lei que alterar o processo eleitoral somente tem eficácia um ano após sua vigência.

341 Conclusão exposta pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008.

342 Mecanismo de superação de hipótese de inelegibilidade inata. Isto é, decorrente do exercício de cargo/função pública.

Pela formação de proposições prescritivas que veiculam imperativos hipotéticos negativos, nas condutas vedadas durante a campanha eleitoral, por parte de agente público, buscou-se evitar o emprego da máquina pública como elemento de desequilíbrio na disputa eleitoral, mantendo-se, de todo modo, a igualdade formal almejada pela cabeça do artigo 5º da Constituição Federal. A *mens legis* indicada alhures está cristalizada na própria dicção do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, que diz que as condutas lá descritas são todas “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”.

E somente pela salvaguarda da igualdade de condições entre os concorrentes é que estará guarnecida a legitimidade da representação popular, pois se é certo que o poder soberano emana do povo, tal exercício de soberania somente é realizável indiretamente, nos termos do artigo 14 da Carta Magna, pela eleição de seus representantes, através do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto.

Em contrapartida, em atenção ao princípio da estrita legalidade administrativa, cujo assento encontra-se no artigo 37 da Lei Magna, deve ser observado que o rol de condutas vedadas traz uma gama de limitações às atividades tipicamente administrativas do poder público, de modo que se pretende no presente trabalho investigar: (1) a taxatividade ou não do rol de condutas vedadas disciplinadas na Lei nº 9.504/1997, bem como a investigação subsequente; (2) a presença de lacuna no ordenamento jurídico, quanto ao regramento de condutas outras passíveis de configuração como abuso de poder político e sua possível solução de incompletude.

2. CONDUTAS VEDADAS EM CAMPANHA ELEITORAL E SUA CORRELAÇÃO COM O ABUSO DE PODER POLÍTICO.

Como explicitado na Introdução, a inclusão pelo legislador eleitoral do rol de condutas vedadas em campanha por agente público nos artigos 73 *usque* 78 da Lei das Eleições ocorreu como reação à edição da Emenda Constitucional nº 16/1997, que, por sua vez, institui no §5º, do artigo 14, da Constituição Federal, o instituto da reeleição, o qual permite que o Chefe do Executivo³⁴³ (em todas as esferas de poder) possa disputar reeleição para um único mandato subsequente sem necessidade de desincompatibilização.³⁴⁴

Pela própria dicção contida no artigo 73 da Lei nº. 9.504/97, a realização daqueles imperativos hipotéticos de conteúdo proibitivo é tendente “a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”. À toda evidência, proíbe-se a prática de abuso de poder, consistente no emprego da

343 Na leitura a *contrario sensu* da Lei Complementar nº 64/1990, sempre foi cedida a possibilidade de reeleição daqueles mandatários de cargos políticos do Poder Legislativo (sem necessidade de desincompatibilização), desde que para a disputa da mesma função exercida.

344 A esse respeito pontuam Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira (2011, p. 547).

máquina pública em favor da campanha eleitoral de determinado candidato.

Para se compreender melhor o instituto das condutas vedadas, necessário é retornar ao conceito de abuso de poder³⁴⁵, confrontando seus efeitos danosos no processo eleitoral³⁴⁶. Para José Jairo Gomes:

O abuso de poder constitui conceito jurídico indeterminado, fluido e aberto, cuja delimitação semântica só pode ser feita na prática, diante das circunstâncias que o evento apresentar. Portanto, em geral, somente as peculiaridades do caso concreto é que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso (GOMES, 2010, p. 253-254).

É requisito mínimo para verificação do abuso de poder por parte de agente público a utilização, em seu favor, da máquina pública na campanha eleitoral em curso ou vindoura. “Ausente qualquer matiz eleitoral no evento considerado, não há como caracterizá-lo” (GOMES, 2010, p. 255) como abuso de poder com repercussão específica na seara eleitoral. Note-se que a lei exige a intencionalidade do agente público, no exercício da função, de obter vantagem em detrimento do pleiteante que não goza dessa condição.

Dessa feita, o abuso de poder, no âmbito de sua incidência no direito eleitoral, é conceito jurídico indeterminado, verificado caso a caso, para que, de todo modo, as ações ilícitas estejam tencionadas ao processo eleitoral, e em favor de candidato/partido³⁴⁷/coligação³⁴⁸ (intervenientes diretos do processo eleitoral).

Dentre as formas de abuso de poder, cumpre revelar a existência do abuso de poder político, cuja centralidade de sua verificação se circunscreve à atuação do agente público, discriminado em rol ampliado no §1º, do artigo 73, da Lei nº

345 Exercício de um direito pelo seu titular fora dos limites intrínsecos e em desacordo com a sua própria finalidade social.

346 Na exegese do artigo 16 da Constituição Federal, que positiva o princípio da anualidade da lei eleitoral, o STF, em referência às Eleições de 2010, ano de edição da Lei Complementar nº. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), entendeu, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº. 633703, que a expressão processo eleitoral é encarada em sentido jurídico material, relaciona ao conjunto de atos jurídicos eleitorais que se sucedem no tempo e no espaço numa cadeia sucessivamente dependente.

347 Agremiação Política a quem pertence o mandato, conforme esboço da Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral (toma como razão de entendimento a filiação partidária ser condição de elegibilidade, nos termos do artigo 14, §3º, inciso V, da Constituição).

348 Ente despersonalizado, de duração fixada no tempo, decorrente da reunião de partidos para disputa eleitoral, na forma disciplinada pelo artigo 8º da Lei nº. 9.504/1997.

9.504/97³⁴⁹, albergando os servidores públicos³⁵⁰, empregados públicos³⁵¹, agentes políticos³⁵², bem como todos aqueles que mantiverem vínculo jurídico com a administração pública³⁵³, ainda que transitório ou sem remuneração.

Por justamente o Estado se personificar nos seus agentes públicos, que representam a ficção jurídica estatal, é que a averiguação do abuso de poder político fica centrada na figura do agente público, mormente porque, para a caracterização do abuso de poder político, é imprescindível que o sujeito esteja investido em função pública, sendo, a rigor, o ilícito qualificado como próprio, pois demanda de seu agente uma qualidade especial.

Ademais, pela diretriz que irradia do artigo 37 da Constituição Federal, os agentes públicos, no exercício de seu *mister*, devem guardar obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, vigas mestras do regime jurídico administrativo.

Nesse sentido, é inquestionável que a máquina pública não pode ser posta a serviço de candidato/partido/coligação, justamente porque, dessa maneira, desvirtua-se a realização do interesse público primário, correspondente àqueles valores constitucionalmente estabelecidos para implementação de políticas públicas e realização de ações administrativas, colocando-se em evidência o interesse secundário (pessoal) do agente ímprobo. Sergio de Souza e Luciano Tadau Yamaguti Sato muito bem qualificam o conceito jurídico de abuso de poder político:

O “abuso de poder político” pode ser então compreendido como a extrapolação do uso legítimo das prerrogativas conferidas aos agentes públicos para o regular desempenho de seus deveres institucionais em favor do interesse coletivo e em consonância com os princípios que regem a administração pública, agregando-se sobremaneira ao conceito de ‘abuso’ a necessária concorrência de motivos particulares em auferir vantagem em benefício próprio ou de outrem envolvido na disputa eleitoral.

Destaca-se que não é toda e qualquer decisão tomada por agente público que configura o ‘abuso’ vedado pela legislação eleitoral, mas somente aquelas condutas que, mascaradas por uma pretensa finalidade pública, revelam ao fundo um interesse

349 “Art. 73, § 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional.”

350 Que mantém vínculo jurídico com os órgãos da administração direta e indireta.

351 Que mantém vínculo jurídico com empresa pública ou sociedade de economia mista.

352 Que extraem sua atribuição diretamente da Constituição, podendo ser nomeados os Parlamentares de um modo geral, o Chefe do Executivo em todas as esferas de poder, Ministros de Estado e Secretários, Magistrados, Promotores, Membros do Tribunal de Contas, e Defensores Públicos.

353 Permissionárias e concessionárias de serviço público.

eminentemente eleitoral de modo que o ato ou conduta praticada passa a ser não só desamparada pelo ordenamento jurídico pátrio como, também, a configurar ilícito eleitoral (SATO e SOUZA, 2008, p. 62).

É nesse prisma que surgem as condutas vedadas como espécie do gênero abuso de poder político, pois “de maneira mais geral, pode-se afirmar que as condutas vedadas aos agentes públicos, previstas na Lei nº. 9.504/97, são espécies do gênero abuso do poder político, em sentido amplo” (SANSEVERINO, 2012, p. 43).

No seu conteúdo primário, as condutas vedadas tutelam o princípio da igualdade de condições entre os candidatos (bem jurídico entabulado no artigo 5º da Lei Maior), conforme anota José Jairo Gomes (2010, p. 47-48). Realizada a conduta vedada, há presunção diretamente colocada na lei de afetação à igualdade de condições entre os candidatos (*in re ipsa*), sendo sua finalidade eleitoral também presumida (REIS, 2012, P. 385).³⁵⁴

Ao lado da preservação do princípio da igualdade, secundariamente, o rol de condutas vedadas visa dar obediência aos princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente o da estrita legalidade administrativa, que, nas palavras de Carvalho Filho (2010, p. 21), afigura-se como “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”. Igualmente, prestigia-se o princípio da impessoalidade, do qual, diz o mesmo autor (2010, p. 23): “A Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial”.

Dá sustentação à afirmação acima o fato de que o próprio §7º, do artigo 73, da Lei nº 9.504/97, indica que:

As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

E ainda que não fosse assim, pela análise sistemática do rol de condutas vedadas em campanha eleitoral por parte de agente público³⁵⁵ salta aos olhos a inspiração da produção da norma jurídica na realização desse estado de coisas aqui tratado. Isso porque, na produção das normas jurídicas atinentes às condutas vedadas em campanha eleitoral, pelo comportamento proibitivo

354 Nesse sentido, elucidativo é o aresto do Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 45060, Acórdão de 26/09/2013, Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 203, Data 22/10/2013, Página 55/56 .

355 Artigos 73 usque 78 da Lei nº 9.504/1997.

pré-determinado, ficaram realizados, concomitantemente, no seu núcleo de conteúdo, pela eficácia interna indireta dos princípios, a garantia de isonomia formal (por atuação do Legislador eleitoral), e a preservação dos princípios constitucionais da Administração Pública, pelo breque de ações tipicamente administrativas, que, por abuso e desvio de forma/finalidade de seu uso, acabam por colocar a máquina estatal em favor de determinada campanha eleitoral.

Destarte, somente a obediência à legislação eleitoral (em especial nas suas regras proibitivas) confere legitimação ao sufrágio³⁵⁶, tornando autêntico o mandato e a representação popular³⁵⁷. Assim, a submissão do processo eleitoral à legislação de que se trata é imprescindível para a adesão do escrutínio às premissas constitucionais, pois da observância delas depende a legitimação do sistema eleitoral e sua construção político-administrativa.

3. TAXATIVIDADE DO ROL DE CONDUTAS VEDADAS EM CAMPANHA ELEITORAL (COLISÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS).

Como se percebe de vários dispositivos que estampam as condutas vedadas em campanha eleitoral por agente público, há marco temporal de incidência dessas regras proibitivas (remissão do período de três meses antes das Eleições, nas hipóteses dos incisos V, VI e VII, do artigo 73 e artigos 75 e 77, todos da Lei nº 9.504/1997, e menção genérica de marco de incidência em ano eleitoral, nas hipóteses do inciso VI e §10, do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997).

Conseqüentemente, em um período delimitado, a prescrição de comportamentos de conteúdo imperativo hipotético negativo traz limitações próprias às atividades ordinárias do destinatário da norma primária (no caso específico, o agente público). Para essa compreensão, imperiosa é a necessidade de tomarmos em relevo o conteúdo jurídico da legalidade administrativa, princípio basilar do regime jurídico administrativo.

De antemão, dizemos que não pode ser conformada a visão tradicionalista de Celso Antônio Bandeira De Mello (2005, p. 89-92), para quem, em fórmula sintética, “a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseqüente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”. Ou seja, “a Administração somente pode atuar *secundum legem*”, já que “a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros”.

356 Em conceito, sufrágio é direito público subjetivo, pelo qual o povo é admitido a participar da vida política da sociedade, conduzindo a *res publica*.

357 Existe umbilical relação entre regularidade do sufrágio e legitimidade da representação popular.

Essa afirmação parte da equivocada ideia de que a Lei é apenas e tão somente a vontade do Legislador, eleito soberanamente pelo sufrágio, poder único que pode preservar/realizar os interesses preconizados pela Constituição. A crítica lançada pauta-se na compreensão de que, com o advento das fórmulas hermenêuticas do neoconstitucionalismo, as normas constitucionais passaram a ter força normativa e eficácia cogente, não mais se limitando à inspiração programática da atuação Legislativa. Nessa linha de entendimento é a concepção da moderna doutrina administrativista, representada aqui por Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 42):

Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante.

A partir destas razões, é razoável dizer que o princípio da estrita legalidade administrativa pode ser buscado no contexto sistemático do ordenamento jurídico. É justamente nesse prisma de atuação administrativa, voltada não somente à execução da Lei, mas também para a execução de ações voltadas à realização daquele estado ideal de coisas pré-definido na Constituição, que o rol de condutas vedadas em campanha por parte de agente público *cerceia* a liberdade, temperada pela Lei e extraída do ordenamento, de atuação da Administração. Há, nessa hipótese, evidente colisão de normas (antinomia), que, pela necessidade de coerência do ordenamento, deve ser resolvida.

Se de um lado há regras que predeterminam a ação administrativa (como no caso da norma-regra do artigo 37, §1º, da Constituição, que determina a realização de propaganda institucional pelo Poder Público), e do outro regras que proíbem a atuação administrativa (como do dispositivo contido no artigo 73, inciso VI, alínea “b”, da Lei nº 9.504/97, que proíbe a veiculação de propaganda institucional antes de três meses da data das Eleições), obviamente o conflito aparente entre normas não é resolvido pelos critérios de antinomia solúvel e insolúvel, de modo que fica na liberdade do intérprete-Juiz, diante do caso concreto, dar efetiva coerência ao sistema.

Como as proibições de ações rotineiramente administrativas ocorrem durante um curto espaço de tempo (do processo eleitoral), e, finalisticamente, visam, precipuamente, resguardar a igualdade de condições entre os candidatos, ao mesmo tempo, na unidade do ordenamento, nesse mesmo rol de condutas vedadas, são pré-definidas uma série de exceções juridicamente razoáveis e justificáveis de superação da aplicação das regras. Por exemplo, no caso artigo 73, inciso VI, alínea “b”, da Lei nº 9.504/97, que proíbe a veiculação de propaganda institucional antes de três meses da data das Eleições, fica permitido, entretanto, a continuidade de propaganda para as empresas públicas/sociedades de economia

mista, criadas no alicerce do artigo 173 da Constituição Federal, para excepcionalmente atuarem no mercado concorrencial.

Além do mais, na função de eficácia externa de conteúdo, o princípio da igualdade entre os candidatos já serviu de norte ao recorte do pressuposto fático de elaboração do rol de condutas vedadas, sendo consideradas proibidas aquelas ações administrativas extraídas da regra de experiência comum que induzam à utilização da máquina pública em benefício de campanha.

Assim é que, nesse cotejamento, dar-se-á preponderância ao respeito às regras atinentes à proibição de prática de condutas durante o período eleitoral, que preserva, na individualidade do ordenamento eleitoral, o princípio da isonomia formal entre candidatos.

Entretanto, em razão da limitação de direitos subjetivos, a doutrina e jurisprudência eleitoral³⁵⁸, de maneira majoritária, se inclinaram a dizer que o rol de condutas vedadas em campanha eleitoral é *taxativo*. Isto é, sua interpretação é restritiva, não se permitindo o enquadramento como condutas vedadas de ações outras que não estejam prescritas entre os artigos 73 a 78 da Lei das Eleições. Nesse processo interpretativo, na eficácia externa argumentativa indireta imanente aos princípios, incluímos na argumentação jurídica a invocação do princípio da legalidade (previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal), que determina: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, de modo que a previsibilidade do quadro normativo traz grande estabilidade ao processo democrático (evitando-se manejos de influências no exercício de poder).

Isso, no seu pano de fundo, quer dizer que, diante de um determinado fato, veiculado em uma demanda judicial, fica antecipada a escolha da aplicação da norma jurídica, pela pré-definição do comportamento embutido na regra, que, indiretamente, realiza os fins a que a mesma é dirigida. Então, exclui-se a indeterminabilidade de eleição de meios para se resguardar a finalidade da introdução das condutas vedadas no ordenamento jurídico eleitoral, não havendo espaço para sobreposição de princípios sobre possíveis ações administrativas que afetem a igualdade de condições entre os candidatos concorrentes ao pleito. Sobre a tensão entre o valor da segurança jurídica trazida pelas regras e a indeterminabilidade valorativa sugerida pelos princípios, assevera Camargo (2002, p. 383):

Para o Direito, a questão hermenêutico-valorativa repercute praticamente na tensão existente entre segurança e justiça, concentrada que está no problema da aplicação dos princípios, e que nos leva ao desafio de conjugarmos aqueles dois valores indispensáveis. Se, por um lado, a evidência garantida pelos desdobramentos lógicos da norma posta nos proporciona certeza, e, portanto, segurança, não há como nos descurarmos das sendas valorativas que comandam a interpretação do caso concreto,

358 No papel de fonte de integração.

quando privilegiamos determinados aspectos e elegemos direções, a culminar com a escolha do juiz pela melhor decisão (dentro outras possíveis, convém lembrar). Esse tipo de conduta é determinado pela razão prática, sustentada que é na justificativa das posições tomadas como corretas, no sentido de bem agir. Talvez por isso nos reste buscar nas regras do diálogo, que orientam o processo argumentativo, a segurança que o Direito quer. Logo, procura-se reconhecer uma nova racionalidade jurídica, capaz de lidar com os valores, normativamente corporificados sob a forma de princípios.

E, no entrechoque entre princípios e regras, Humberto Ávila (2007, p. 113-114) destaca a importância da preponderância das normas-regras:

Em primeiro lugar, como as regras têm a função de pré-decidir o meio de exercício do poder, elas afastam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita essa escolha.

(...)

Em segundo lugar, além de afastar a controvérsia e a incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais.

(...)

Em terceiro lugar, a opção pelas regras tem a finalidade de evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento.

Ocorre que é sabido que o Legislador não possui condições de, de antemão, na produção da norma jurídica, prever todas as possibilidades de ocorrência de fatos no mundo fenomênico passíveis de qualificação de abuso de poder político. A par disso, pela característica da unidade do ordenamento, é nítida a concepção segundo a qual a criação da norma jurídica não é atividade privativa do Estado-Legislator, sendo delegada parcela do poder soberano ao Estado-Juiz, através da jurisdição, para o exercício da interpretação-execução, permitindo-se a produção normativa individual (concreta). Logo, a problemática converte-se na avaliação em torno de existência de lacuna no ordenamento jurídico, e a possibilidade de produção da norma jurídica pelo exercício da jurisdição.

4. DA PLASTICIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO CAMPO FÉRTIL PARA O ATIVISMO JUDICIAL.

Em capítulo anterior indicamos que o rol de condutas vedadas em campanha eleitoral é taxativo, atraindo para o campo de incidência de seu consequente normativo (§§4º e 5º, do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997) apenas e tão somente a verificação empírica dos antecedentes normativos verificados nos artigos 73 a 78 da Lei das Eleições.

Destarte, diante de ações praticadas pelo agente público (que não

discriminadas como condutas vedadas), valendo-se da máquina pública em favor de determinada campanha eleitoral (inclusive a sua), necessário é que, pela completude do ordenamento, a situação posta tenha solução, sendo vedada, à toda evidência, a prática de abuso de poder político no processo eleitoral.

O caminho está, pela sua completude, no próprio ordenamento, autossuficiente para o preenchimento da possível lacuna apontada. A Constituição Federal de 1988, na redação do artigo 14, §9º, assim dispõe:

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

Determinou expressamente a Constituição Cidadã que competirá à Lei Complementar definir hipóteses de inelegibilidade, tencionadas à defesa da normalidade e legitimidade do pleito, contra o abuso de poder no processo eleitoral³⁵⁹. Erigiu-se assim, ao menos no campo axiológico, os princípios da normalidade e legitimidade³⁶⁰ do pleito no âmbito do microsistema do direito eleitoral³⁶¹. Sendo norma constitucional de eficácia limitada, cumpriu à Lei Complementar nº 64/1990 disciplinar, nesse primeiro momento³⁶², a parte final do §9º, do artigo 14, da Norma Fundamental.

No que toca à coibição do abuso do poder político, a Lei de Inelegibilidades assim dispõe em seu artigo 19:

Art. 19. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

Parágrafo único. A apuração e a punição das transgressões mencionadas no caput deste artigo terão o objetivo de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

359 Nesse caso, a inelegibilidade, como restrição à capacidade eleitoral passiva, é erigida em sua modalidade sanção, reacionária contra o abuso de poder no processo eleitoral.

360 Legítimo é o que está de acordo com a verdade, com a ideia de justiça predominante, é o que observou o procedimento legal adrede traçado, enfim, é o que resulta da soberania popular.

361 Que inclui o Código Eleitoral, a Lei das Eleições, a Lei de Inelegibilidades e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

362 Veio depois a Lei Complementar nº 135/2010 disciplinar sua primeira parte.

É evidente que a norma embute conceito jurídico indeterminado sobre a especificação do abuso de poder político³⁶³. Assim, por atividade interpretativa, quando do exercício da jurisdição, diante de situações fenomênicas em que pelo agente público for empregada a máquina estatal em favor de campanha eleitoral, estará caracterizado o abuso de poder político³⁶⁴. Assim, caso o fato não seja enquadrável no rol de condutas vedadas em campanha eleitoral (espécie), pode, *por relação de subsidiariedade*, ser considerado o fato no gênero do abuso de poder político.

Entretanto, as condutas vedadas (artigo 73 a 78 da Lei nº. 9.504/1997) e o abuso de poder político (artigo 19 da Lei Complementar nº. 64/1990), em seu conteúdo finalístico, tutelam bens jurídicos diversos (SATO e SOUZA, 2008, p. 81), sendo que na primeira hipótese é a igualdade de condições entre os concorrentes, e na segunda hipótese é a normalidade e legitimidade do pleito. Por isso é que, por avaliação concreta do comportamento ter lesionado o estado de coisas preconizado pela norma é que, no caso das condutas vedadas, a infringência à Lei *de per se* atinge o princípio da igualdade, sujeitando o transgressor às suas consequências. E, no caso do abuso do poder político, necessária é a potencialidade lesiva da ação, conforme indicativo hoje positivado no artigo 22, inciso XVI, da Lei de Inelegibilidades (“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”)³⁶⁵.

De todo o modo, ao proceder à completude do ordenamento pela densificação concreta do abuso de poder político, elegendo meios para tanto, cria o Estado-Juiz norma jurídica a partir do caso posto, pelo processo interpretativo, preservando, em realidade, na sua eficácia interna de conteúdo, os princípios regentes da Administração Pública, pois “os princípios dão-nos critérios para tomar posições frente a situações *a priori* indeterminadas” (MIRANDA, 2011, p. 297).

5. CONCLUSÃO.

O conceito de Direito causa grande celeuma na Teoria Geral do Direito. De maneira adequada, é importante tomar como norte para sua compreensão a *teoria normativa*, que centraliza no Estado o monopólio para expedição da norma

363 Essa é a lição de Sergio de Souza e Luciano Tadau Yamaguti (2008, p. 59).

364 Nessa senda é a orientação do Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 46822, Acórdão de 27/05/2014, Relator(a) Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 111, Data 16/06/2014, Página 70-71.

365 Essa orientação é jurisprudencialmente encampada pelo Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 433079, Acórdão de 02/08/2011, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 30/08/2011, Página 88.

jurídica.

Considere-se, também, que marca essencial da norma jurídica é a coatividade, através da heterotutela. Evita-se, por tal peculiaridade, que o direito sofra erosão na vida social, tornando-se norma sem sanção. Transgredido o antecedente normativo fica formalizada a relação de interdependência com o conseqüente normativo, a partir de quando se abre espaço ao Estado-Juiz para o exercício da jurisdição.

Todavia, na atividade judicante, como o Juiz se defronta com um enunciado linguístico vetor da norma, compete ao intérprete fazer a reconstrução de significados da lei, para, na interpretação, produzir efetivamente a norma jurídica.

E, na atividade interpretativa, a lei submete-se a um critério de validade formal, à luz das fontes primárias de execução e produção da norma jurídica, e material, relacionada à realização do estado ideal de coisas perquirido pela norma. No critério de justificação material entra em relevo o neoconstitucionalismo, instaurado no ordenamento jurídico constitucional pátrio a partir do advento da Constituição de 1988.

A partir desse paradigma, a Constituição Federal passa a ser o eixo central do ordenamento jurídico, sendo que suas disposições são dotadas de força normativa. Deve-se considerar, pelo extenso conteúdo dogmático da Constituição Cidadã, que previu uma gama extensa de direitos fundamentais, que há embutida na Norma Fundamental uma vastidão de meios de preservação/concretização de um estado ideal de coisas. Tais ideários são veiculados pelas normas-princípios e pelas normas-regras, cada qual com sua força de eficácia própria, havendo diferenciação de ordem pragmática de sua aplicação. Por justamente os princípios terem função tridimensional, servindo de sustentáculo à produção da norma, base para sua interpretação, e, em última análise, revestidos de eficácia cogente para a integração do sistema, é que os princípios ganham especial contorno de atenção no neoconstitucionalismo.

No caso específico das condutas vedadas em campanha eleitoral, pela própria disposição da cabeça do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, tais normas proibitivas realizam, precipuamente, o princípio da igualdade formal, afrontado *de per se* diante do ato ilícito. Também em eficácia interna indireta, as condutas vedadas por parte de agente público, preservam os princípios constitucionais da Administração Pública, mormente os discriminados no artigo 37 da Constituição Federal. E justamente no âmbito da eficácia interna desse estado de coisas perquiridos pelas condutas vedadas, é que se fez um recorte dos fatos sociais de relevância capazes de quebrar a igualdade de condições entre os concorrentes do pleito. Logo, a partir do próprio cotejamento argumentativo com o princípio da legalidade estrita administrativa, é que se conclui que o rol de condutas vedadas em campanha é taxativo.

De todo o modo, foi visto que as condutas vedadas são espécies do gênero abuso de poder político, fator que tangencia a normalidade e legitimidade do

pleito, conforme principiologia disposta no artigo 14, §9º, da Constituição Federal. Nesse diapasão, a fim de conformar o comando constitucional, veio a Lei Complementar nº 64/90 a tipificar, em seu artigo 19, a ocorrência do abuso de poder político, servindo-se da técnica legislativa da inserção de conceito jurídico indeterminado na Lei.

Possibilitou-se, dessa maneira, pela busca de completude do ordenamento, o preenchimento de possível solução de lacuna, diante da não antecipação de solução face a uma situação concreta de utilização da máquina pública em favor de campanha.

6. REFERÊNCIAS.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 7ª. Ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 18 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 16. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acessado em: 24 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acessado em: 07 de maio de 2014.

BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acessado em: 24 de janeiro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 69851, rel. Min. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO, DJe 02/09/2010. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 45060, rel. Min. LAURITA HILÁRIO VAZ, DJe 22/10/2013. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 46822, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 16/06/2014. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. Direito Eleitoral Esquematizado. 1ª. Ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 19ª. Ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

- DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado. 14^a. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8^a. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006.
- GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 4^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- REIS, Marlon. Direito Eleitoral Brasileiro. 1^a. Ed. Brasília: Alummus, 2012.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Chein. Manual de Direito Eleitoral. 1^a. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.
- SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. O Uso da Máquina Pública nas Campanhas Eleitorais. 1^a. Ed. Verbo Jurídico: Porto Alegre, 2012.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. 1^a. Ed. Quartier Latin: São Paulo, 2008.
- SOUZA, Sergio de; Sato, Luciano Tadau Yamaguti. O abuso de poder político: uma proposta de análise a partir de sua necessária correlação com as condutas vedadas aos agentes públicos. 1^a. Ed. Quartier Latin: São Paulo, 2008.

8

REABILITAÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA RECOGNIÇÃO SOBRE A PROVA NO PROCESSO ELEITORAL: RELEITURA DO ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 63/90.

Américo Bedê Freire Júnior³⁶⁶

Rodrigo Klippel³⁶⁷

Helio Deivid Amorim Maldonado

1. INTRODUÇÃO.

O artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90 prescreve que:

Art. 23. O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Trata-se da positivação, no direito processual eleitoral, do critério do livre convencimento motivado na recongição da prova no processo, em que “o juiz não segue suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2012, p. 40).

366 Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor do Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Juiz Federal.

367 Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor universitário e de pós-graduação em Direito. Advogado.

Destarte, no processo eleitoral, o juiz se debruçará sobre a prova produzida, para dela extrair por raciocínio indutivo ou dedutivo, respectivamente, presunções³⁶⁸ ou indícios³⁶⁹ relacionados a fatos outros que sejam direta³⁷⁰ ou indiretamente³⁷¹ ligados ao fato probando, bem como também poderá o magistrado admitir fatos públicos e notórios, que independem de produção de prova no processo, eis que são externos ao mesmo. No sentido dessa normalidade é a observação de Jorge, Liberato e Rodrigues (2019, p. 455):

Ao dizer que o tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios não acrescentou nada de novo em relação à tradicional regra do art. 374, I, do CPC, que já dispensa a necessidade de provar fatos notórios, que, bem se sabe, é de conhecimento público e aí se inclui o magistrado.

Também não há nada de novo em relação à possibilidade de o magistrado conhecer indícios, presunções e prova produzida, pois esta também é a regra que impera no processo civil tradicional.

Entretanto, a celeuma que se instaura em relação ao artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90 é sobre sua parte final, que dita que poderá o juiz promover a valoração de “circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

Adriano Soares da Costa, inadvertidamente, afirmou que o dispositivo legal em análise veicula “uma técnica processual nova em nosso Direito Processual positivo” (COSTA, 2013, p. 382). Uma “eureca” processual, nas palavras do jurista alagoano, que permite a violação pelo juiz dos limites objetivos da lide³⁷², delimitado pelas questões, dentre as quais as questões de fato, deduzidas pelas partes no processo.

Em contrapartida, em sendo assim, invariavelmente, haverá violação ao princípio da adstrição da decisão judicial ao pedido e sua causa de pedir,

368 Sobre a relação entre as presunções veiculadas pelas provas legais e sua cristalização daquilo que ocorre no cotidiano como juízo de probabilidade observa Marcelo Abelha Rodrigues (2010, p. 219):

Como se vê, essas presunções foram estabelecidas em lei porque o legislador, tomando como parâmetro as situações da vida comum e atendendo a anseios políticos, sociais, culturais, históricas, anteviram circunstâncias que só deixam de existir se forem contrapostas e se for demonstrado que, em casos específicos, elas não se aplicam. Assim, as presunções partem da ideia de proximidade da verdade fazendo ver que uma determinada situação da vida é presumida em virtude de uma normalidade de casos enumerados pelo legislador.

369 Para Rodrigues (2010, p. 237): “Indício é toda circunstância de fato de qual se extrai a convicção do fato principal”.

370 No caso das presunções.

371 No caso dos indícios.

372 Estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil –, no âmbito da Justiça Eleitoral.

restringindo, desse modo, a dimensão do contraditório tanto em relação ao exercício do direito de ação pelo autor, como em relação ao exercício do direito de defesa pelo réu. Costa (2013, p. 385) assim afirma: “Tal norma, com sua aparente casca moralizadora, terminou por outorgar ao juiz eleitoral poderes fortíssimos, os quais devem ser compatibilizados com o art. 5º, inc. LV, da CF, sob pena de ferir o Estado Democrático de Direito”.

Essa foi a razão pela qual foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.082, que pretendia declarar a inconstitucionalidade material do art. 23 da Lei Complementar nº 64/90, face sua incompatibilidade com o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Todavia, a pretensão foi julgada improcedente pelo Pretório Excelso, nos seguintes termos:

PROCESSO – ELEITORAL – ARTIGO 23 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 – JUIZ – ATUAÇÃO. Surgem constitucionais as previsões, contidas nos artigos 7º, parágrafo único, e 23 da Lei Complementar nº 64/90, sobre a atuação do juiz no que é autorizado a formar convicção atendendo a fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não arguidos pelas partes, e a considerar fatos públicos e notórios, indícios e presunções, mesmo que não indicados ou alegados pelos envolvidos no conflito de interesses.

A *ratio decidendi* do precedente cuja ementa foi transcrita é a seguinte: ante o influxo do interesse público de salvaguarda da normalidade e legitimidade das Eleições (artigo 14, §9º, da Constituição), no processo eleitoral, pode/deve o juiz eleitoral, por iniciativa própria, realizar valoração de “circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes”, quando do exercício de seu livre convencimento motivado. Nesse sentido é elucidativo o seguinte trecho do Voto do Ministro Relator (seguido à unanimidade):

Nesta ação direta, está envolvido processo eleitoral, a direcionar a direitos e interesses indisponíveis, de ordem pública. Por mais que se tenha buscado assentar a completa separação entre o direito de ação e o material pleiteado em juízo, revela-se inegável a influência exercida pelo objeto da causa no próprio transcorrer do processo. Em direitos de ordem pública, quando a possibilidade de transação, disponibilidade e decretação da revelia é eliminada ou reduzida, apenas para exemplificar, mostra-se evidente o maior interesse do Estado na reconstituição dos fatos.

Todavia, recentemente o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que o livre convencimento motivado exercido pelo juiz eleitoral na reconhecimento sobre a prova no processo é circunscrito aos limites objetivos da lide, não obstante os efeitos vinculantes e *erga omnes* provenientes do controle de constitucionalidade concentrado exercido pelo Supremo (artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/90). Trata-se do recente julgamento da Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº

194.358, cujo objeto era o pedido do candidato Aécio Neves, derrotado nas Eleições Presidenciais de 2014, contra a chapa eleita formada por Dilma Rousseff e Michel Temer, em vista de alegado abuso de poder econômico e político (artigo 19 da Lei Complementar nº 64/90). Abaixo, o resumo deste último julgamento:

[...] 5. O princípio jurídico processual da congruência, adstrição ou correlação estabelece que o pronunciamento judicial fica adstrito ao pedido e à causa de pedir postos na inicial da ação, pela iniciativa do autor, não competindo ao julgador modificar, suprir ou complementar o pedido da parte.

6. A ampliação dos poderes instrutórios do juiz pelo art. 23 da LC nº 64/90 e pelo CPC/2015 deve ocorrer nos limites predefinidos como pedido e causa de pedir pelo autor da ação, porquanto cabe às partes descrever os elementos essenciais à instrução do feito, e não ao magistrado, que não é autor da ação.

7. “Uma das garantias processuais mais relevantes, integrante do justo processo jurídico, é aquela que diz respeito à ciência, pela pessoa acionada, de todos os fatos e argumentos alegados contra si pela parte promovente. Por isso se diz que a petição inicial define os polos da demanda e delimita o seu objeto, em face do qual se desenvolve a resposta à lide e se instala a atividade probatória. A instrução visa ao convencimento do Julgador, quanto à materialidade e à autoria dos atos postos na imputação (inicial da ação sancionadora), sendo a sua produção o núcleo ou o centro da solução da questão. Não se pode aceitar (nem se deve aceitar) decisão judicial condenatória sem prova concludente dos fatos imputados e da sua autoria”. (AIJE nº 1943–58, Redator para o acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE de 12/9/2018). [...]

(Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 060157558, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 60, Data 28/03/2019)

Logo, pela Corte Eleitoral Alta foi aplicado supletivamente o Código de Processo Civil, consoante estipulado pela Resolução nº 23.478/2016 do Tribunal Superior Eleitoral (artigo 2º, parágrafo único), especificamente seu art. 492 do CPC:

Art. 492. “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

A doutrina eleitoral, personificada aqui em José Jairo Gomes (2016, p. 702), foi no mesmo sentido dessa interpretação:

Entretanto, se é mister haver correlação entre a imputação fática feita na peça exordial e o conteúdo da decisão judicial, ao juiz não é dado fundamentar sua decisão em fato não descrito naquela peça. Do contrário, violar-se-ia o due process of law, mormente

por haver surpresa ao réu, o qual não poderia se defender de fatos não descritos, e, portanto, desconhecidos.

Por via de consequência, na conclusão de Jorge, Liberato e Rodrigues (2019, p. 456), imperiosa é a necessidade do estabelecimento de uma via adequada para que, na exegese do artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90, haja harmonização entre a procura da salvaguarda da normalidade e legitimidade das Eleições e a defesa da garantia fundamental do contraditório no processo eleitoral. Essa via perpassa pela reabilitação das máximas de experiência na reconhecimento sobre a prova no processo eleitoral. Essas são as “circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

2. DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA VALORAÇÃO DA PROVA NOS PARADIGMAS HERMENÊUTICOS DO ESTADO LIBERAL E ESTADO SOCIAL DE DIREITO.

A partir do nascimento do Estado Moderno e do constitucionalismo, na perspectiva do paradigma inicial do Estado liberal, o julgador era tido como “órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da Lei” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 52).

Por conseguinte, nesse ambiente, ante o pressuposto da separação entre os poderes constituídos do Estado, ao aplicar a Lei o juiz não promovia nenhuma produção criativa do Direito. A interpretação da Lei era literal, com impedimento do magistrado de promover a valoração do dispositivo legal, seguindo, então, a vontade onipotente do Legislador. O papel do juiz era no máximo revelar essa *mens legislatoris* (vontade do legislador).

Nesse momento histórico, impelido pela Revolução Francesa, foi editado o Código Civil Francês (o Código Napoleônico), promulgado em 1804. Doravante, deflagrou-se a Escola da Exegese como doutrina ultralegalista. No pensamento de Maria Helena Diniz: “Para a escola da exegese, a totalidade do direito positivo se identifica por completo com a lei escrita; com isso a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido” (2007, p. 50).

Ocorre que a atividade cognitiva do juiz se desdobra na análise de questões de direito e de fato. Quanto a estas últimas, a prova é o meio principal para seu conhecimento. É válido destacar que, até a Idade Moderna (entre o fim da Idade Medieval decretado em 1453 e a Revolução Francesa ocorrida em 1789³⁷³), a

373 Nesse sentido, observa Leonardo Greco (2004, p. 246): “As provas legais entraram em crise no Renascimento que, provocando uma restauração da antiguidade, voltou a prestigiar a retórica. Em 1667, uma ordonnance de Luís XIV cria a livre convicção, como um instrumento de liberalização, apesar de moldada no juiz

valoração da prova por parte do juiz seguia o sistema legal de provas, um método chamado de tarifário, em que a lei dizia, de forma abstrata e sem considerar o caso concreto, qual tipo ou meio probatório era mais eficaz do que outro. É como se existisse um “ranking” das provas em que, por exemplo, a documental seria sempre e sem considerar peculiaridades da situação concreta melhor do que a prova testemunhal (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 541). É desse período que surgem as expressões “rainha das provas” e “prostituta das provas”.

A finalidade do “sistema legal de provas” era romper com um método ainda mais precário de avaliação dos fatos no processo: os ordálios germânicos³⁷⁴ ou juízos de Deus, segundo os quais os acusados eram submetidos a provas até mesmo infames (andar sobre brasas, por exemplo), sob a crença de que, se inocentes fossem, mal não sofreriam, pois Deus não o deixaria acontecer.

Em outras palavras, havia primazia do abstrato e geral sobre o concreto e especial, uma vez que “o peso das provas era preestabelecido pelo titular do poder, através de regras que, espelhando as crenças sociais e valores da época, prestavam-se a retrair a atuação dos juízes” (COSTA e CARVALHO, 2019, p. 02). Permitia-se, dessa maneira, a conclusão prévia legal de que, por exemplo, a confissão pela parte no litígio era a “rainha das provas”, ou que para provar determinado fato era necessário o testemunho de um número mínimo de pessoas.

Assim o era, vez que “a prova legal substituíra a experiência individual e a opinião do juiz sobre o valor dos meios de prova” (SILVESTRE, 2009, p. 110). Nessa perspectiva, as máximas de experiência, como aquele produto do conhecimento do juiz por sua inserção na comunidade, eram admitidas na valoração da prova apenas quando figuravam como máximas de experiência previstas em Lei. Logo, sua aplicabilidade decorria exclusivamente de padrões normativos.

Entrementes, no curso da Idade Moderna, o Iluminismo lançou luzes de fé absoluta na razão humana, crendo na sua infalibilidade, motivo pelo qual o critério tarifário da prova legal foi substituído pelo critério da convicção íntima na valoração probatória, de modo que o juiz despreendeu-se das amarras legais para a revelação da verdade sobre os fatos no processo, passando a realizar essa construção fática de maneira livre. No ensinamento de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga, e Rafael Santos Oliveira (2008, p. 43): “O juiz é livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas. A consciência do juiz não está vinculada a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação”.

burocrático da época”.

374 Na observação de Eduardo José da Fonseca Costa e Antonio Carvalho (2019, p. 01): “Fundados na crença da intervenção divina em todos os acontecimentos humanos, os ordálios ou juízos de Deus estiveram presentes entre os povos ditos bárbaros, com destaque aos germanos, sendo próprio a uma época em que tribos e/ou reinos eram dominados pela superstição”.

Dessa forma, em uma guinada entre extremos, a máxima de experiência do julgador é habilitada na valoração da prova, podendo, inclusive, essa impressão pessoal do juiz sobre o mundo da vida, e, por via de consequência, sobre os fatos deduzidos no processo, substituir a própria prova colhida no litígio, ou mesmo autorizar o juiz a não decidir o litígio pela falta de provas para a formação de sua convicção íntima (CUNHA, 2007, p. 17-18).

Todavia, essa perspectiva de valoração livre da prova por parte do juiz instaurou uma crise de segurança jurídica (SILVESTRE, 2009, p. 110), porque “permite a imensa monstruosidade jurídica de haver julgamento a partir de qualquer elemento” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 542), sendo essa uma concepção irracional da prova (BELTRÁN, 2017, p. 71). O julgador terminava por produzir, em muitos casos, erro judiciário (não Justiça), com violação ao Estado de Direito, cuja constituição precípua fora exatamente para a promoção da pacificação das relações sociais (entre os indivíduos e entre esses e o Estado), pela migração do “estado de natureza” para o “estado social”.

Insta salientar que, com o advento do Estado social de Direito, na hermenêutica jurídica, o desvelamento da procura da vontade do Legislador cedeu lugar à procura da vontade da Lei (*mens legis*), com introdução de métodos para tal atividade. Assim explicita Diniz (2007, p. 51-52):

Inicialmente, os sequazes da escola da exegese se atinham à interpretação literal do texto legal, deduzindo o sentido oculto da lei mediante procedimentos filológicos e lógicos. Ante a ineficiência desse processo interpretativo tiveram de recorrer às fontes, isto é, aos trabalhos legislativos preparatórios, à fim de conhecer não apenas a letra da lei, mas também seu espírito. Com isso passou-se a admitir a interpretação histórica, isto é, o exame das circunstâncias que antecederam a lei. Posteriormente, essa escola veio a utilizar a interpretação lógico-sistemática, que consistia em descobrir o sentido da lei, tendo por base o lugar que ela ocupa dentro do sistema legislativo. Tal interpretação sistemática parte do princípio de que a legislação é um conjunto orgânico e que as leis têm seus lugares específicos, de modo que umas preponderam sobre outras, por isso o jurista deve sistematizá-las, dando a cada uma seu significado dentro do ordenamento jurídico.

Mesmo assim, não houve mudança no modo da interpretação e aplicação do Direito por parte dos juízes, vez que, como esclarece Luciano Picoli Gagno (2015, p. 10-11), “o direito continua sendo um conjunto de leis criadas pelo legislativo, que devem ser obedecidas para que os desejos e as paixões individuais dos julgadores não imperem”. Ou seja, “qualquer um desses processos interpretativos era empregado com muita prudência, para evitar a substituição da intenção da Lei por uma vontade estranha” (DINIZ, 2007, p. 52).

Outrossim, pondera Marcelo Abelha Rodrigues que “a compreensão da mudança do Estado liberal para o Estado social revela-se como imprescindível

ao tema da prova, especialmente sob o ponto de vista dos instrumentos de participação e legitimação do Estado como ficção jurídica criada para alcançar a paz social” (2010, p. 211). Isso também é percebido na narrativa de Mauro Cappelletti (1999, p. 32-33):

Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case Law*, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais.

A partir desse enfoque, a jurisdição necessita da produção do axioma da Justiça (não há mais legitimidade formal pelo procedimento), somente assim sendo legítima, intrinsecamente para as partes no processo e extrinsecamente para o povo em geral³⁷⁵. Sendo que, na percepção da Gagno, “a legitimidade traduz a aceitabilidade inexorável de um ato, decorrente de sua coerência em relação a um padrão previamente fixado, seja ele concernente a normas jurídicas o a normas exclusivamente racionais” (GAGNO, 2015, p. 151). Migrou-se de uma cultura formalista para uma cultura racionalista.

Logo, vem a lume, na avaliação probatória, o sistema do livre convencimento motivado, segundo a prova documentada e escrita no processo (o “continente processual”). Dessa maneira, houve a “superação da insegurança gerada pela íntima convicção e da imobilidade ocasionada pela tarifa legal” (COSTA e CARVALHO, 2019, p. 03).

Ademais, o sistema do livre convencimento motivado é guiado pela persuasão racional (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 543), posto que limitado pelo critério da prova legal, como aquela em que “o legislador atribui *ex ante* um resultado probatório determinado a um meio de prova genérico” (BELTRÁN, 2017, p. 48), como também pelas máximas de experiência, entendidas por José Carlos Barbosa Moreira como “noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro” (MOREIRA, 1988, p. 62).

Destarte, a prova legal e as máximas de experiência visam a conter o arbítrio judicial na valoração da prova. Sua observância é que concede legitimidade

375 O povo, na dimensão de Friedrich Müller, como instância de atribuição de legitimidade do Estado (MÜLLER, 2003, p. 55-79).

para a decisão judicial na valoração probatória. Assim sendo, na inteligência de Eduardo José da Fonseca Costa e Antonio Carvalho (2009, p. 04): “O sistema do livre convencimento tem por premissa a relativa liberdade do juiz ao avaliar os meios de prova à luz do caso concreto, estando limitado pelas regras da experiência, da lógica e da ciência”.

Outrossim, no Estado social, dada a sua acepção legalista, eram os métodos hermenêuticos sobre a exegese legal que proporcionavam a objetividade do juiz na interpretação, aplicação e decisão sobre o Direito. Cumpre mencionar que a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen se afigurou como modelo normativo sintonizado com o paradigma do Estado social. Isto pois, na sua interpretação jurídica, a doutrina kelseana se afastou do ultralegalismo do Estado liberal, e de sua crença proveniente da escola da Exegese de que texto de Lei e norma se equiparavam. Segundo observam Coura e Azevedo (2014, p. 103):

A concepção de Kelsen acerca da interpretação normativa deve ser compreendida com uma crítica à tradicional Escola da Exegese, segundo a qual os métodos de interpretação revelariam uma resposta correta. Rompendo com esse paradigma, Kelsen percebeu que os métodos científicos de interpretação seriam incapazes de revelar um único sentido normativo correto; apenas indicam um rol de possibilidades.

Para Kelsen norma é o produto da atividade do juiz na interpretação do Direito. Ou seja, em Kelsen é a interpretação quem cria a norma jurídica. Nesse diapasão, Kelsen idealiza, no seu positivismo jurídico, como Teoria Semântica do Direito, que é papel da ciência jurídica, produzida pela doutrina, interpretar o texto da Lei, e a partir do mesmo, por meio dos métodos hermenêuticos tradicionais, como o gramatical, teleológico, histórico e sistemático, promover a exploração dos limites de possibilidade do texto da Lei, de maneira abstrata. Nesse sentido, “a interpretação em Kelsen é discutida em abstrato” (COURA e AZEVEDO, 2014, p. 106). A doutrina fornece, desse modo, a proposição jurídica.

Por sua vez, a partir do conhecimento desse plexo de limites semânticos do texto legal ofertados pela doutrina, como um “quadro de molduras”, em ato de vontade, compete ao juiz, como intérprete autêntico do Direito, segundo seu livre arbítrio, eleger como significado do texto legal algum daqueles possíveis significantes contidos no “quadro de molduras”. Para melhor entendimento da relação entre a interpretação não-autêntica do Direito promovida pela doutrina, como fonte de integração, e a interpretação autêntica promovida pelo juiz, como ato de vontade, e, então, dotado de decisionismo, é a elucidação de Kelsen (1999, p. 247):

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo

assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Todavia, “para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral” (KELSEN, 1999, p. 166). Ou seja, compete ao juiz, na interpretação e aplicação do Direito, solver individual e sucessivamente tanto a questão de direito quanto a questão de fato objeto da cognição judicial, veiculando seu poder constitutivo em ambos os casos. Destacamos: a questão de direito e de fato no processo não são fundidas no fato jurídico, no entendimento do positivismo jurídico kelseano, vez que o antecedente normativo é somente constituído quando da decisão judicial, autorizando a incidência do consequente normativo.

Não há, nessa toada, reconhecimento sobre a prova no processo. Em verdade, na norma individual, o magistrado cria também o fato por decisão, posto que “a verificação do fato condicionante pelo tribunal é, portanto, em todo sentido, constitutivo” (KELSEN, 1999, p. 167). Dessa maneira, “no pensamento jurídico, o fato processualmente verificado ocupa o lugar do fato em si” (KELSEN, 1999, p. 168).

Por via de consequência, apesar de não mais necessariamente positivadas como no critério tarifário da prova legal vigente no paradigma do Estado liberal, as máximas de experiência, no paradigma do Estado social, para assim serem utilizadas pelo juiz, necessitavam, previamente, de seu reconhecimento pela ciência do Direito (legislação, doutrina e jurisprudência). Destarte, no Estado social, as máximas de experiência decorriam de padrões normativos ainda.

Isto é, apesar de na sua natureza as máximas de experiência decorrerem da vivência humana, a habilitação de sua utilização no processo pressupunha a sua enunciação objetiva, garantindo-se, dessa maneira, o afastamento da subjetividade do juiz na interpretação, aplicação e decisão jurídica. Ou seja, as máximas de experiência não estavam contidas na subjetividade do juiz, mas sim na objetividade de seu reconhecimento pela ciência do Direito. Uma vez assim reconhecidas, o juiz, na sua livre eleição dentro do quadro de molduras abstratas, posteriormente as aplicava e decidia fundamentadamente nesse sentido.

Ocorre que tal sistemática remete ao problema da interpretação e aplicação do Direito no plano da “abstração”, posto que, de maneira metafísica, ao haver a cisão entre interpretação e aplicação, a hermenêutica jurídica acaba por se

“despojar do concreto” na sua consecução. Nessa perspectiva, o caso concreto não é cooriginário à interpretação jurídica, eis que esta é realizada de maneira prévia, veiculando o texto legal o sentido unívoco a ser revelado pelo intérprete do Direito. Conseqüentemente, a hermenêutica jurídica recai naquilo que quer combater: o risco da subjetividade, vez que há uma livre escolha dentre os significantes possíveis.

3. DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA VALORAÇÃO DA PROVA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Ao curso de vigência tanto do Estado liberal como do Estado social, o conteúdo da Constituição afigurava-se como uma “proclamação solene” de um projeto político e normativo a ser perseguido pelo Estado. Em outras palavras, as normas constitucionais não eram dotadas de juridicidade, como a aptidão de serem protegidas e reclamadas em juízo. Tal é a razão pela qual a legitimidade da atuação do Estado era pautada no atendimento ao princípio da legalidade, em que “uma norma jurídica era válida não por ser justa, mas sim, exclusivamente, por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 39). O juiz, nesse ambiente, mantém-se neutramente como o “boca da Lei” (ABBOUD, 2014, p. 318) revelando ou a *mens legislatoris* ou a *mens legis*.

Todavia, decerto é que, como no entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “a supremacia do parlamento não se concilia com a ideia de supremacia da Constituição” (2012, p. 51), não havendo, até então, no Estado liberal e Estado social, “meio institucional de defesa da Constituição apto para controlar o respeito efetivo dos princípios dispostos na carta” (2012, p. 51).

Somente após o resultado catastrófico da Segunda Guerra Mundial (finda em 1945) é que a consciência jurídica ocidental se debruçou melhor sobre a imperiosa necessidade da constitucionalização do Direito. Migrou-se, assim, do *status quo* da supremacia da Lei (e, conseqüentemente, do Parlamento) para a supremacia da Constituição, florescendo um novo paradigma jurídico: o Estado Constitucional de Direito (ou Estado Democrático de Direito). Por conseguinte, a Lei e os atos do Poder Público em geral submetem-se a uma compatibilidade com os ditames da Constituição. Dirley da Cunha Júnior bem sintetiza essa migração de paradigmas (2012, p. 39):

O neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar mudança

de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o transito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.

Daniel Sarmiento delimita os novos caracteres desse paradigma do Estado Constitucional de Direito (2006, p. 177):

Enfim, a conjugação dos diversos fenômenos acima mencionados catalisou o processo de constitucionalização do Direito, que, a rigor, envolve duas facetas distintas: a) a Constituição passa a tratar, em maior ou menor detalhe, de temas que antes eram disciplinados pelo legislador, retirando uma série de decisões do alcance das maiorias legislativas de cada momento; b) os princípios e valores da Constituição penetram em todo ordenamento jurídico, impondo uma filtragem Constitucional do ordenamento, vale dizer, a leitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Constituição.

Por via de consequência, a Constituição passa a ser o eixo gravitacional de todo o ordenamento jurídico, e sobrevêm nessa perspectiva a “filtragem constitucional do Direito”, pelo que, doravante, exige-se o compromisso democrático do magistrado de, ante a textura aberta dos princípios constitucionais e de sua eficácia cogente, no percorrimento da inevitável trajetória entre texto da Lei e norma como o produto da atividade interpretativa do juiz, dar interpretação aos dispositivos normativos conforme a Constituição, em detrimento das múltiplas possibilidades de realização de sentido e alcance dos mesmos.

Esse é um *accountability* permanente da função jurisdicional, em que o juiz se submete a uma responsabilidade política de explicitar seus vínculos com a “compreensão de um contexto composto de textos doutrinários, de precedentes, de leis e da compatibilidade destes para com a Constituição” (STRECK, 2014, p. 85). A esse respeito também escrevem Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2012, p. 288):

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em

declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.

Esse novel paradigma do Estado Democrático de Direito conduz a um neoconstitucionalismo, “desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica” (BARROSO, 2015, p. 300).

Consectariamente, essa nova hermenêutica jurídica perpassa pela superação do modelo do positivismo jurídico kelseano (ABBOUD, 2014, p. 55), para se compreender que o texto da Lei não carrega um plexo de significantes sobre seu significado, semanticamente desenhados em uma ontologia semanticamente abstrata e delimitada pela ciência do Direito. E mais, o caso concreto assume relevante importância, para ser cooriginário com o dispositivo legal na produção da interpretação, aplicação e decisão judicial. Nessa esteira, George Abboud (2014, p. 53):

O genuíno pós-positivismo imprime significativas mudanças nos conceitos elementares para se decidir uma questão jurídica. Esse paradigma oferece novo conceito de norma que passa a ser concretizada e a subsunção é eliminada como mecanismo para aplicar o direito, deixa-se de perquirir por uma vontade (lei ou legislador) para se alcançar a correta interpretação dos enunciados jurídicos.

Friedrich Müller desenvolveu a “Teoria Estruturante do Direito”, com o escopo de estruturar uma “metódica jurídica”³⁷⁶ pós-positivista que, contrameticamente, deslocasse “o foco da relação da perfeição do método em si para a relação do *modus operandi* que o aplicador do direito pode ter em relação ao texto normativo” (LARANJA, 2018, p. 17), isto é, “desloca a ênfase da análise do resultado do processo de interpretação para a análise das formas de trabalho dos operadores jurídicos” (LARANJA, 2018, p. 20). Por isso, uma metódica jurídica e não um método hermenêutico voltado por si mesmo ao descobrimento da *mens legis* ou *mens legislatoris*.

Para tanto, de antemão, na esteira do paradigma do Estado Constitucional de Direito, Müller crê na força normativa da Constituição e na função hermenêutica de seu conteúdo. Isto é, preconiza Müller (2000, p. 87) a “efetividade dos direitos fundamentais, como princípio de interpretação”. Então, inflexivelmente, subsiste um critério de controle de legitimidade da hermenêutica jurídica: a valoração axiológica pela Constituição, porque essa reflete, de maneira histórico-político,

376 Na percepção de Anselmo Laghi Laranja (2018, p. 20) a metódica é “o gênero que engloba todo o trabalho intelectual possível do operador do direito em relação ao ordenamento jurídico”. Ainda segundo Georges Abboud (2014, p. 83): “a sentença no bojo da qual é produzida a norma para solucionar o caso concreto (real ou fictício), ocorre de maneira estruturante”.

“o ordenamento fundante de determinada sociedade, incluídas as suas forças divergentes” (MÜLLER, 2000, p. 67)³⁷⁷.

Então, partindo da não-identidade entre texto de Lei e norma³⁷⁸, Müller define que o teor literal do dispositivo normativo serve única e tão somente à elaboração do “programa normativo”, cujo conteúdo semântico³⁷⁹ é preenchido por sua “normatividade” dogmática, que resulta da força da tradição contida no horizonte histórico do círculo hermenêutico a respeito de seu sentido e alcance, proveniente de todo o aparato que circunda a ciência jurídica³⁸⁰: a legislação, a doutrina e a jurisprudência. Em outras palavras: “O texto da norma não contém a normatividade e sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro” (Müller, 2000, p. 56). Dessa maneira, em Müller o dispositivo legal é a “ponta do *iceberg*” para a metódica jurídica, não se encerrando no mesmo.

Entrementes, para a Teoria Estruturante do Direito de Müller, ao lado do programa normativo, e de sua normatividade linguística, presente está o “âmbito da norma”, como “o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação” (MÜLLER, 2000, p. 57), quer seja formado por descrições normativas (definidas pelo próprio Direito) ou extranormativas (definidas pela realidade social), ou ainda vice-versa. Na advertência de Laranja a respeito dessa vinculação material (2018, p. 24): “A norma jurídica precisa de dados da realidade que coconstituem o conteúdo de sua prescrição”.

Sendo assim, na perspectiva de Müller, tanto o programa normativo (dados linguísticos) como o âmbito normativo (dados da realidade) são cooriginários à interpretação, aplicação e decisão do Direito. E mais, a hermenêutica pressupõe uma atividade prática voltada à conformação da realidade. Nesse diapasão, ao invés da interpretação jurídica, Müller propõe a concretização normativa, em

377 Para Laranja (2018, p. 19): “Em relação ao engajamento político, Müller aponta, em diversos trechos de sua obra, que sua teoria foi construída para as democracias modernas que adotam o sistema conhecido como *statute Law* e se consideram Estados Democrático de Direito”.

378 Segundo Müller (2000, p. 109): “Normas jurídicas não são idênticas aos seus textos de normas. O teor literal não é a lei. Ele é a forma da lei”. E na tradução de Abboud (2014, p. 64): “Deste modo, o texto da norma não é a própria norma jurídica, não é elemento conceitual da norma jurídica, mas configura o dado de entrada (imput) mais importante ao lado do caso a ser decidido juridicamente no processo de concretização da norma”.

379 Para Müller (2000, p. 91): “Essas fontes do conhecimento jurídico são estruturadas linguisticamente”.

380 Esse é o senso comum teórico dos juristas diagnosticado por Luís Alberto Warat (1977, p. 13):

De uma maneira geral, a expressão senso comum teórico dos juristas designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.

que é exatamente tarefa do jurista, segundo a regra que lhe atribui competência, promover essa densificação do Direito no exercício da jurisdição. Nesse sentido, Abboud (2014, p. 55): “A partir da metódica estruturante, é possível esquadriñar a norma a partir de nova perspectiva, mediante a qual passa a inexistir a cisão entre o estudo do direito e a própria realidade”. Destarte, a facticidade ingressa na metódica jurídica de maneira indagativa, ou seja, perquirindo-se no litígio a presença do conteúdo da realidade posta à prova.

Outrossim, em Müller a fundamentação da decisão judicial coloca-se como o “elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico” (STRECK, 2014, p. 84). Destarte, interpretação, aplicação e decisão são fundidos em um único ato cognitivo compreendido na compreensão, havendo influência do eixo gravitacional da Constituição na exegese legal, e cooriginariedade do caso concreto no resultado da decisão judicial, tudo isso controlável por meio da fundamentação da decisão judicial.

E essa perspectiva teórica, no âmbito do paradigma do Estado Democrático de Direito, também é propícia à reabilitação dos preconceitos atinentes às máximas de experiência na avaliação probatória. Isso porque, em vista da hermenêutica de Müller promover a recuperação do concreto, e o aliar, de maneira cooriginária, à linguisticidade do programa normativo, é do signo (substrato físico) da prova produzida em juízo, com função de âmbito normativo para a hermenêutica jurídica, que brotam as pré-compreensões contidas no fluxo histórico em que está inserido o juiz. Ou seja, essa metódica proporciona, na valoração da prova no processo, a reabilitação das máximas de experiência, segundo os limites das questões de fato deduzidas pelas partes no processo, e em referência ao acervo probatório que foi produzido em juízo.

Sendo assim, no horizonte histórico, como elemento de pertença do indivíduo à tradição que lhe circunda, no ato da compreensão para a interpretação, aplicação e decisão sobre a reconhecimento da prova no processo, as máximas de experiência, como aquilo que conhece o juiz sobre o mundo da vida em que está inserido como sujeito, diferentemente das limitações ao seu reconhecimento nos paradigmas do Estado liberal e Estado social, passam a decorrer necessariamente de padrões extranormativos contidos no fluxo histórico do conhecimento privado do magistrado.

Por essa visada, pode-se concluir que as máximas de experiência subsistem independentemente de seu padrão normativo, decorrendo as mesmas do horizonte histórico, em que no ambiente do processo a prova produzida e submetida à reconhecimento como um signo da realidade está desde sempre na historicidade e já significa algo previamente ao próprio intérprete. São assim padrões extranormativos contidos na tradição histórica.

4. CONCLUSÃO.

O processo estabelece, na perspectiva de Francesco Carnelutti, uma “relação jurídica processual”³⁸¹ entre as partes antagônicas do litígio e o juiz como representante do Estado, como que em uma “angularização”, contendo, dessa maneira, uma reciprocidade de “deveres e poderes” (CARNELUTTI, 2001, p. 72) entre os sujeitos do processo³⁸². Sendo assim, como na expressão de José Frederico Marques, as normas adjetivas impõem “a sujeição a esses imperativos através de ônus, direitos e obrigações; e quando a parte tem o poder de tornar eficazes, em seu próprio interesse, os imperativos jurídico-processuais, surge, então, para ela, um direito processual subjetivo” (MARQUES, 2001, p. 139). O processo é, nessa visada, um método legal disponível ao “jurisdicionado para ir ao encontro da tutela jurisdicional solicitada por intermédio da demanda” (RODRIGUES, 2010, p. 263), de modo que o mesmo “deve seguir exatamente a trilha prevista pelo legislador” (RODRIGUES, 2010, p. 263).

Logo, dado o princípio da inércia da jurisdição (que garante a equidistância de imparcialidade do magistrado para com o interesse jurídico digladiado no litígio), a promoção do impulso oficial³⁸³ do processo pelo juiz necessita da deflagração da propositura do direito de ação, que torna o processo uma marcha de atos concatenados voltados a um ato decisório final. E é exatamente no exercício do direito de ação³⁸⁴ que a parte reclama o seu direito subjetivo em juízo, postulando a obtenção de uma decisão declaratória, condenatória ou mandamental contra outrem em seu favor, ou ainda constitutiva ou desconstitutiva de uma dada relação jurídica de direito material³⁸⁵.

Nesse percurso, para fundamentar o seu pedido, a parte autora apresenta suas questões de fato e suas questões de direito. Em contrapartida, a parte ré, no exercício da amplitude de seu contraditório, lança, sobre o aspecto da questão de

381 Da mesma maneira, anuncia Aury Lopes Júnior (2009, p. 38) que foi “a noção de processo como relação jurídica de Oskar Von Bulow a que teve (e tem) a maior aceitação, até os dias de hoje”.

382 Sendo estes: a) as partes, como sujeito parcial; b) o juiz, ministério público e peritos, como sujeitos imparciais; c) o terceiro, que nada obstante não seja parte no processo, suporta direta ou indiretamente os efeitos do mesmo decorrente.

383 Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2001, p. 66-67) em referência ao princípio do impulso oficial: “É o princípio pelo qual compete ao juiz, uma vez instaurada a relação processual, mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional”.

384 Sobre o exercício do direito de ação doutrinam Cintra, Grinover e Dinamarco (2001, p. 57-58): Princípio da ação, ou princípio da demanda indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. Como veremos, denomina-se ação o direito (ou poder) de ativar os órgãos jurisdicionais, visando à satisfação de uma pretensão. A jurisdição é inerte e, para sua movimentação, exige a provocação do interessado. É a isto que se denomina princípio da ação: *nemo iudex sine actore*.

385 Vide nesse sentido a classificação das sentenças segundo a natureza do procedimento jurisdicional feita por Rodrigo Klippel e Antônio Adonias Bastos (2011, p. 422-424).

mérito do processo, uma defesa direta, contradizendo com veemência as questões de fato articuladas pelo autor da ação, ou ainda defesa indireta, confirmando a narrativa autoral, mas apresentando questões outras de fato (ampliando os limites objetivos da lide) que impeçam, extingam ou modifiquem a pretensão do pedido inaugural. De mais a mais, nesse embate entre síntese e antítese, dialogicamente, as partes no processo apresentam, além de suas questões, seus fundamentos relevantes sobre suas questões postas para a apreciação pelo juiz na sua decisão (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 320).

Ocorre que, mesmo que deduzidas individualmente as questões de fato e de direito pelas partes no processo elas se ligam indissociavelmente, tal como destaca Humberto Theodoro Júnior: “todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados no processo se originam de fatos” (2003, p. 375). Há, nessa esteira, uma simbiose entre a questão de fato e a questão de direito³⁸⁶. Trata-se da veiculação no processo do fato jurídico, entendido esse, na inteligência de Giuseppe Chiovenda, como todo fato de origem natural ou decorrente da ação humana, que “derive a existência, a modificação ou a cessação de uma vontade concreta da lei” (CHIOVENDA, 1969, p. 22).

Sendo procedente essa constatação da incidibilidade entre questão de fato e questão de direito, a questão de fato no processo acaba por ser cooriginária à questão de direito para a produção da norma-decisão que põe termo final ao caso concreto, susceptível, então, de valoração jurídica. Nesse sentido, ambas questões de fato e de direito são lançadas conjuntamente pelo fato jurídico na hermenêutica jurídica realizada pelo juiz no processo. No magistério de Lênio Luiz Streck (2017, p. 633):

Na medida em que a interpretação sempre se dá em um caso concreto, não apenas fica nítida a impossibilidade de cisão entre *quaestio facti* e *quaestio juris*. A hermenêutica não trata apenas da facticidade; ela não apenas explica como se dá o sentido ou as condições pelas quais compreendemos. Na verdade, por ela estar calcada na circularidade hermenêutica, fato e direito se combinam em uma síntese, que não somente ocorre, concretamente, na *applicatio* (lembramos sempre que não se cinde conhecimento, interpretação e aplicação).

Ocorre que, toda essa descrição das questões de fato pelas partes no processo é atemporal, de modo que o processo veicula um paradoxo, em que o juiz procura decidir hoje um acontecimento do passado para a produção de efeitos jurídicos

386 Em crítica à visada destacada entre questão de fato e questão de direito no processo, é a doutrina de Ricardos Almagro Vitoriano Cunha (2007, p. 40):

Daí porque a divisão entre “questão de direito” e “questão de fato” não se sustenta, já que para o juiz o cerne do problema não um fato bruto, mas um fato jurídico, devidamente qualificado por uma norma, norma essa que não nos é dada previamente, mas evidenciada caso a caso. Questão de fato no processo, serão sempre questões de direito e vice-versa, uma vez que é impossível a cisão do direito com a “realidade”.

direcionados ao futuro por meio de sua decisão (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 515). Assim, pode-se dizer que a reconstrução dos fatos (deduzidos e contraditados no processo) realiza-se no âmbito da linguagem (ANDRADE, 2009, p. 234), documentada e escrita no processo. Dessa inferência, sucessivamente, percebe-se que no processo as partes lançam, em verdade, enunciados descritivos como afirmações sobre as questões de fato, porque nesse entendimento os fatos são inalcançáveis em si mesmos, motivo pelo qual a decisão sobre a sua ocorrência (ou não) é feita intelectivamente na consciência do juiz, no seu ato de compreensão, quando de sua interpretação, aplicação, e decisão jurídica do litígio.

Mas como existe uma imbricação entre as questões de fato e as questões de direito, posto que elas são cooriginárias para a hermenêutica jurídica (decorrem de um mesmo ponto em comum, o fato jurídico), é a reconstrução das primeiras pela prova no processo que dá justificativa à sua instrução³⁸⁷ para a produção da prova em juízo³⁸⁸. Ou seja, é a prova que permite o contato mediato do juiz com as questões de fato deduzidas no processo, percepção essa, no magistério de Rodrigues (2010, p. 223), que preenche ao mesmo tempo o sentido objetivo (meio hábil à demonstração do fato) e subjetivo da prova (para formação da convicção do julgador).

Nessa via, a atividade do julgador sobre a prova é recognitiva (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 516), posto que não cria em si o fato, mas sim o reconstrói no âmbito da linguagem, sendo esse seu ambiente de manifestação. Dizem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 260) que: “A prova não se destina a mostrar fatos, mas sim afirmações de fato”. Por via de consequência, na expressão de Jordi Ferrer Beltrán, na recognição da prova no processo, em relação à sua força cogente, o juiz emite um enunciado declarativo “acerca da ocorrência de determinado fato em uma realidade externa ao processo” (2017, p. 27). Motivo esse pelo qual Andrade (2009, p. 228) qualifica que: “Cada prova é um fenômeno; é, pois, uma representação de uma dada realidade”.

Outrossim, servirão os meios de prova, nominados e inominados, como ferramentas dessa busca da verdade dos fatos no processo. É o acervo probatório no processo, como o conjunto da prova produzida e submetida à recognição, que determina o nexa instrumental da verdade do enunciado declarativo sobre a prova. Nessa toada, defende Aury Lopes Júnior (2009, p. 545) que “a decisão de um juiz somente é legítima quando calcada na prova produzida no processo. Significa uma limitação ao que está nos autos e que lá tenha regularmente ingressado”. Sob pena de perpetração de uma decisão extra ou ultra petita, como aquela que

387 Segundo Carnelutti (2001, p. 219) a instrução processual é o “desenvolvimento do processo entre a introdução, que é o seu início, e a decisão, que é o seu fim”.

388 O direito fundamental à produção da prova pelas partes, decorre, diretamente, e respectivamente, do direito fundamental de acesso à justiça e do direito fundamental ao contraditório (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, e OLIVEIRA, 2008, p. 24).

viole os limites objetivos delimitados pelo pedido e sua causa de pedir, o objeto litigioso, deduzidos pelas partes no processo (RODRIGUES, 2010, p. 507).

Contudo, afora o constrangimento hermenêutico lançado sobre o convencimento motivado em decorrência do critério da prova legal, em que o legislador atribuiu *ex ante* um resultado probatório determinado a um meio de prova genérico” (BELTRÁN, 2017, p. 48), certo é que, por outro lado, persiste no ordenamento jurídico processual um arcabouço de meios de prova nominados que, entretanto, não gozam dessa correspondência tarifária. Além do mais, existem os meios de prova inominados, como aqueles não tipificados previamente pela Lei adjetiva, mas admitidos em Direito por não serem ilícitos ou ilegais, não recaindo sobre eles também o antecedente valor tarifário. Por tal razão, no convencimento motivado sobre esses meios de prova que não estão abarcados pelo critério da prova legal subsiste maior ainda liberdade valorativa por parte do juiz³⁸⁹ na produção do enunciado declarativo sobre as questões de fato do processo. Sendo que, para tanto, se vale o julgador de padrões extranormativos³⁹⁰ para a promoção dessas valorações, porque não positivados no ordenamento jurídico.

Nessa senda, o magistrado se socorre de pré-compreensões contidas no mundo cognitivo intersubjetivamente compartilhado com os outros indivíduos que conhece por fazer parte, como sujeito, de um fluxo histórico e existencial. Nesse sentido, doutrinam Didier Jr., Braga, e Oliveira (2008, p. 54) que: “O juiz como homem culto, no decidir e aplicar o direito, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos e artísticos ou práticos, do mais aperfeiçoados aos mais rudimentares”.

Com essa afirmação alhures pode-se denotar que falacioso é o dogma da subjetividade quando da reconhecimento sobre a prova no processo, que implica no entendimento de que quando o juiz valora a prova deve ele se abster de seus pré-conceitos, porque não pode carregar consigo sua subjetividade nesse ato decisório. Isto porque, é impossível o julgador se fragmentar de suas pré-compreensões no ato da interpretação, aplicação e decisão jurídica do litígio. Isto pois, toda interpretação é realizada no curso de uma tradição, motivo pelo qual, ao revés, as pré-compreensões plasmadas nos preconceitos se apresentam como condição de possibilidade para a hermenêutica jurídica na reconhecimento sobre a prova no processo.

É assim quando no processo o juiz se defronta com a hipótese de valoração de uma prova direta, como aquela frontalmente relacionada com o fato probando,

389 Destaca Leonardo Greco que a valoração da prova por parte do juiz contém inflexível grau de subjetividade, vez que “por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios predeterminados de avaliação ou a exigência de motivação, há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio” (2004, p. 231).

390 Sendo estes, segundo a observação de Greco (2004, p. 226), os “fatores históricos, sociais, culturais e religiosos”.

dando-lhe credibilidade para suficientemente comprovar o enunciado descritivo afirmado no litígio pela parte. Ou ainda na valoração de uma prova indireta, referente não ao fato probando em si, mas a um fato circunstancial ligado àquele, e assim o julgador poder concluir pela aptidão dessa prova indireta e indiciária para comprovar o fato principal, segundo a sua confiabilidade ou concordância com outros elementos de prova assessórios contidos no processo³⁹¹.

Assim, quando o julgador na sua fundamentação expõe os motivos³⁹² pelos quais concedeu credibilidade à prova direta e outorgou aptidão à prova indireta para, em ambos os casos, “ter como verdadeiras” as questões de fato deduzidas no processo, na luta entre as partes, serve-se ele exatamente de uma racionalidade não positivada, mas extraída de padrões extranormativos, oriundos do senso comum. Pelo que tal senso comum é transladado formalmente para o processo pela via autorizativa legal da utilização das máximas de experiência na avaliação probatória³⁹³. Ou seja, a habilitação das máximas de experiência no processo é uma via de racionalização do senso comum. Nesse sentido, diz Gilberto Fachetti Silvestre (2009, p. 75) “que as máximas de experiência são empregadas como um instrumento oferecido pelo direito” para a reconhecimento sobre a prova no processo.

Destarte, nessa perspectiva, não é possível que a reconhecimento sobre a prova no processo eleitoral se sirva, literalmente, de “circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes”. Isso porque, a permissão do juiz fazer a reconhecimento sobre questão além dos limites objetivos da lide, valorando fato que sequer foi deduzido pelas partes no processo, e, por conseguinte, não foi objeto de produção de prova em juízo, acabará por impor um retrocesso à arbitrariedade proveniente do critério da íntima convicção na valoração da prova. Em verdade, então, as máximas de experiência, como um padrão extranormativo relacionado à ordinariade dos acontecimentos no mundo da vida, é que afigurar-se-á como as “circunstâncias ou fato” externas ao processo, mas reabilitadas na reconhecimento sobre a prova produzida no litígio eleitoral.

5. REFERÊNCIAS.

ABBOUD, Georges. *Discrecionariade administrativa e judicial*. 1. ed. São Paulo: RT, 2014.

391 Sobre a diferenciação entre prova direta e indireta, ensina Luciano Picoli Gagno (2015, p. 158): “Distinguir as provas entre aquelas que são diretas, ou seja, se referem diretamente ao fato principal objeto de contro-
vêrsia, e aquelas que são indiretas ou indiciárias, por concernirem a fatos secundários, que depois de provas permitem presumir a ocorrência ou não do fato principal”.

392 Bem dizem Streck, Nunes e Cunha (2017, p. 562) que “o controle da aplicação das máximas de experiências é feito por meio da fundamentação do magistrado”.

393 Na observação de Rodrigues (2010, p. 237): “As máximas de experiência só podem ser utilizadas com refe-
rência aos fatos e provas constantes dos autos”.

ANDRADE, Osvaldo Lucas (comp.). *Processo, Verdade e Justiça*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v.6, n. 23, 2003.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no Direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL, Constituição. Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em: 04 ago. de 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 64/1990. Brasília. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm>. Acessado em: 04 ago. de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Brasília. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em: 03 mar. de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.868/90. Brasília. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acessado em: 04 ago. de 2020.

BRASIL. Resolução TSE nº 23.478/2016. Brasília. 1990. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2016/RES234782016.html>>. Acessado em: 04 ago. de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 060157558, Relator(a) Min. JORGE MUSSI, DJE: 28 de março de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.082. Relator(a) Min. NÉRIDASILVEIRA, DJ: 04 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346814>>. Acessado em 04 ago. de 2020.

CARNELUTTI, Francesco. AMADOR, Júlia Jimenes (trad). *Direito e Processo*. Campinas: Péritas, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. GUIMARÃES, J. Menegale (trad). *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 17. ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; CARVALHO, Antonio. O Caráter Mítico do Livre Convencimento Motivado: Em Defesa da Intersubjetividade na Reconstrução Fático-Jurídica. 08/07/2019. Disponível em: < <https://emporiododireito.com.br/leitura/20-o-carater-mitico-do-livre-convencimento-motivado-segunda-par-te-em-defesa-da-intersubjetividade-na-re-construcao-fatico-juridica> > . Acesso em 14/01/2020. 2019.

COURA, Alexandre de Castro; DE AZEVEDO, Silvagner Andrade. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworking. In Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Org. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Curitiba: Editora CRV, 2014.

DA CUNHA JÚNIOR, DIRLEY. Curso de Direito Constitucional. 6ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica e prova. 2008. 49 f. Monografia (Pós-graduação em Direito Processual Público) - Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2008.

DIDIER JÚNIOR, FREDIE. Curso de Direito Processual Civil. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____. _____. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos. _____. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGNO, Luciano Picoli. A prova no processo civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GOLDSCHIMIDT, James. GAMA, Ricardo Rodrigues (trad). Direito Processual Civil. Curitiba: Juruá, 2003.

GRECO, Leonardo. O Conceito de Prova. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos, ano 4, n. 4, p. 213-267, 2004.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARANJA, Anselmo Laghi. Fundamentos constitucionais da desjudicialização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2009.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. O Novo Processo Civil. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Nauman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In Revista de Direito Comparado, vol. 03. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti (comp.). Processo, Verdade e Justiça. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito processual civil. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- WARAT, Luís Alberto. Introdução Geral ao Direito. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1977.

9 DA APLICABILIDADE DA LEI DO BALANCEAMENTO DE ROBERT ALEXY NA PONDERAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA NOS ILÍCITOS ELEITORAIS SUSCETÍVEIS DE CASSAÇÃO DE REGISTRO, DIPLOMA OU MANDATO.

Rafael Henrique Guimarães Teixeira De Freitas³⁹⁴

Ricardo Benetti Fernandes Moça³⁹⁵

Helio Deivid Amorim Maldonado

1. INTRODUÇÃO: DA INVARIÂNCIA DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 489, §2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUANDO DO AFERIMENTO DA POTENCIALIDADE LESIVA DOS ILÍCITOS ELEITORAIS PASSÍVEIS DE CASSAÇÃO DE REGISTRO, DIPLOMA OU MANDATO.

Consoante o parágrafo único, do artigo inaugural da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Destarte, o poder constituinte originário erigiu o princípio democrático como

394 Procurador Geral da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Pós-Graduado em Direito Processual Civil. Professor universitário.

395 Sub-Procurador Geral da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Professor da Escola do Poder Legislativo do Estado do Espírito Santo. Especialista em Direito Público. Autor de artigos jurídicos.

norma de legitimação e organização do poder político do Estado.

Para tanto, na dimensão de sua realização, também a Constituição Federal positivou em seu artigo 14 os direitos políticos, retratados tanto na capacidade eleitoral ativa de participação do cidadão no sufrágio³⁹⁶ e utilização de outros instrumentos de democracia direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular), como refletido na capacidade eleitoral passiva do cidadão receber a titularidade de mandato eletivo no regime de democracia representativa, por meio do processo eleitoral³⁹⁷.

Por via de consequência, com o escopo de procedimentalização dos direitos políticos, mormente do direito de ser votado, o ordenamento jurídico eleitoral³⁹⁸ estabelece diversas fases do processo eleitoral, iniciando-o com o alistamento do eleitorado, a realização das convenções partidárias para a escolha interna pelas agremiações políticas de seus concorrentes, seguindo-se com o registro das candidaturas, realização da propaganda eleitoral, e termino disso tudo com a preparação, organização e realização do pleito, para depois da proclamação do resultado e diplomação dos eleitos findar a Justiça Eleitoral o ciclo periódico e finito do processo eleitoral.

Sobre a relação entre o princípio democrático, os direitos políticos, e o processo eleitoral, observa Rodrigo Lópes Zilio que ao ordenamento jurídico eleitoral procedimentalizar os direitos políticos acaba o mesmo por restringir aqueles, pelo que somente a higidez do processo eleitoral possibilita “o acesso ao poder constituído pelos representantes justamente eleitos em conformidade com as regras do jogo democrático” (2018, p. 444).

Emerge desta percepção a tensão entre o princípio democrático e a necessidade de salvaguarda do processo eleitoral contra a prática de ilícitos eleitorais por parte de partidos, coligações, candidatos e colaboradores da campanha eleitoral. Para tanto, o ordenamento jurídico eleitoral positivou ao longo do tempo os ilícitos eleitorais inominados, consistentes nos conceitos jurídicos indeterminados de abuso de poder³⁹⁹ econômico, político e dos meios de comunicação, além

396 Na inteligência de PEDRA (2012, p. 128) “o sufrágio é um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal”.

397 Na exegese do artigo 16 da Constituição Federal, que positiva o princípio da anualidade da lei eleitoral, o Supremo Tribunal Federal, em referência às Eleições de 2010, ano de edição da Lei Complementar nº. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), entendeu, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 633703, que a expressão processo eleitoral é encarada em sentido jurídico material, relaciona ao conjunto de atos jurídicos eleitorais que se sucedem no tempo e no espaço numa cadeia sucessivamente dependente.

398 Que engloba a Constituição Federal, o Código Eleitoral (Lei nº 4737/65), a Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90), a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95).

399 Lançando cânones para a conformação empírica do abuso de poder, já ilustramos o seguinte (MALDONADO, 2013, p. 46):

“Logo, genericamente, a expressão abuso de poder deve ser entendida como a prática de condutas vedadas

da fraude eleitoral, previstos no artigo 14, § 10, da Constituição, e artigo 19 da Lei Complementar nº 64/90. E positivou também os ilícitos eleitorais nominados na Lei 9.504/97, sendo eles a violação às regras atinentes à arrecadação e gastos de campanha (artigo 30-A), a captação ilícita de sufrágio (artigo 41-A) e as condutas vedadas por parte de agentes públicos durante o período eleitoral (artigo 73 a 77).

Competindo à Justiça Eleitoral promover o controle externo antes, durante e depois do processo eleitoral, para aferimento da higidez do mesmo e ateste, então, da legitimidade de seu resultado.

A eleição, portanto, é o instrumento pelo qual a vontade soberana manifestada pelo povo ativo se transforma em mandatos políticos representativos, observadas as regras de um dado sistema eleitoral. Entretanto, nem todo processo eleitoral é absolutamente infenso a interferências externas. Assim, estabelecidas as regras do jogo e a forma de acesso ao poder constituído, torna-se necessário adotar um modo de controle da regularidade desse processo de escolha. Após uma amarga experiência por um controle endógeno da representação política-eletiva (quando prevaleceu um sistema de controle político das eleições, denominado “verificação dos poderes”), no Brasil, atualmente, vige um sistema de controle jurisdicional das eleições, que foi inaugurado com a criação da Justiça Eleitoral em 1932 (ZILIO, 2018, p. 444).

Entrementes, haja vista o desenvolvimento cronológico e individualmente posto das fases do processo eleitoral, além da positivação dos ilícitos eleitorais, no âmbito do direito processual eleitoral vige “a tipicidade das ações eleitorais”, querendo isso dizer que para cada crise de direito material decorrente de uma transgressão eleitoral haverá uma ação eleitoral específica à servir de meio ao seu sancionamento. Bem elucidam isso Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 412):

É justamente por causa desta relação entre técnica e direito material que se exige que o tempo e o prazo de realização do próprio ato eleitoral (que em conjunto formam o processo eleitoral), também determinem que as técnicas e ferramentas de controle de sua regularidade e validade também se submetam a um regime jurídico de tipicidade de técnica e tempo adequados. Por isso, pode-se dizer que para cada ato jurídico eleitoral e seus respectivos efeitos há uma técnica específica, tipicamente prevista pelo legislador, de forma que exista uma correspondência entre a técnica e o respectivo ato, sempre de acordo (e em respeito) com o sistema de prazos e tempo de realização do próprio processo eleitoral (sufrágio) para salvaguarda da democracia representativa.

Outrossim, nada obstante a aparente diversidade de bens jurídicos tutelados

ou mesmo permitidas em lei, sendo que, no último caso, o agente atua na margem da legalidade, mas transbordando sutilmente seus limites, mediante desvio de finalidade de seu comportamento.

De todo modo, para que ocorra o abuso de poder na seara eleitoral, necessário é que se tenha em mira processo eleitoral futuro ou que já se encontre em marcha”.

nos ilícitos eleitorais inominados (o artigo 14, §10, da Constituição, e o artigo 19 da Lei Complementar nº 64/90, protegem a normalidade e legitimidade do pleito) e nominados (os artigos 30-A, 41-A e 73 *usque* 77, todos da Lei nº 9.504/97, tutelam, respectivamente, a transparência da arrecadação e gastos de campanha, a liberdade do exercício do direito do voto e a igualdade de condições entre os candidatos concorrente ao pleito), pela própria disposição do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90 e remissões ao rito do mesmo feita pelos artigos 30-A, §1º, 41-A, e 73, §12, da Lei nº 9.504/97, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral é lançada como instrumento adequado e universal para o sancionamento dos ilícitos eleitorais até o fim do processo eleitoral com a diplomação dos eleitos. Após, pelo remetido pelo §10, do artigo 14, da Constituição: “O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

Ocorre que, para a incidência do conseqüente normativo de cassação de registro, diploma ou mandato, em decorrência da prática antecedente dos ilícitos eleitorais inominados (previsão do inciso XIV, do artigo 22, da Lei Complementar nº 64/90) e nominados (previsões respectivas dos artigos 30-A, §2º, 41-A, e 73, §2º, da Lei nº 9.504/97) não basta a conformação formal de sua prática. É exigido um elemento material adicional de proporcionalidade entre o ato praticado e a sanção a lhe ser imposta (denominado de “potencialidade lesiva”, extraída da gravidade das circunstâncias da prática do ilícito), em decorrência da colisão dos bens jurídicos tutelados pelos ilícitos eleitorais e o princípio democrático, traduzido esse último no resultado do processo eleitoral manifestado nas urnas pela vontade popular.

Procede a assertiva, visto que além da normatização específica a esse respeito em relação aos ilícitos eleitorais inominados prevista no inciso XVI, do artigo 22, da Lei Complementar nº 64/90 (“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”), chama a atenção Rodrigo Martiniano Ayres Lins que também no que tange aos ilícitos eleitorais nominados “a Justiça Eleitoral incorporou, na sua praxe para aferir a possibilidade de aplicar sanções em decorrência de ilícitos eleitorais, a aplicação do princípio da proporcionalidade” (2018, p. 432).

Colhe-se, nesse sentido, recente precedente do Tribunal Superior Eleitoral, que muito bem resume a história da jurisprudência eleitoral até aqui vivenciada:

ELEIÇÕES 2010. GOVERNADOR E VICE-GOVERNADORA. RECURSO ESPECIAL RECEBIDO COMO ORDINÁRIO. FUNGIBILIDADE. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER POLÍTICO. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA ÀS ELEIÇÕES DE 2010. PRECEDENTES. GRAVIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS. NECESSIDADE DE ANÁLISE PREVIAMENTE FIRMADA EM SEDE JURISPRUDENCIAL. ABUSO DE PODER NÃO

CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Este Tribunal Superior sedimentou jurisprudência no sentido de que as modificações introduzidas pela LC nº 135/2010 não se aplicam às eleições de 2010. 2. Esse entendimento deu-se em observância à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703/MG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe de 18.11.2011, a qual foi chancelada nos autos das ADCs nº 29 e nº 30, em que se assentou que as inovações introduzidas pela Lei da Ficha Limpa alcançariam atos e fatos ocorridos antes de sua vigência, ressalvada, contudo, a compreensão de que tais modificações não deveriam ser aplicadas às eleições gerais de 2010. 3. Todavia, a jurisprudência deste Tribunal, antes mesmo da vigência da LC nº 135/2010, já não aplicava exclusivamente o critério da potencialidade lesiva dos fatos para aferir a existência de abuso de poder, na medida em que também examinava a gravidade das circunstâncias da conduta apurada (RCED nº 661/SE, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 16.2.2011; RCED nº 703/SC, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 1º.9.2009). 4. Ao modificar o art. 22, XVI, da Lei Complementar nº 64/1990, a Lei da Ficha Limpa apenas cristalizou, normativamente, o entendimento anteriormente desenvolvido pela jurisprudência deste Tribunal. 5. In casu, do exame do conteúdo fático-probatório dos autos, constata-se que o abuso de poder não restou configurado. Com efeito, verifica-se que as circunstâncias fáticas extraídas das provas colacionadas aos autos não evidenciam que as condutas impugnadas possuem gravidade suficiente (tampouco potencialidade lesiva) para comprometer a normalidade e a legitimidade do pleito eleitoral, razão pela qual não se caracteriza o ilícito eleitoral previsto no art. 22 da LC nº 64/90.

6. Expositis, acompanho o Relator para receber o recurso especial da Coligação A Força do Povo como ordinário, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se a conclusão exarada pela instância a quo no sentido da não configuração do abuso de poder na espécie.

(Recurso Ordinário nº 418156, Acórdão, Relator(a) Min. Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 36, Data 20/02/2019, Página 70-71)

Entretanto, em contrapartida denuncia Lins que, no repertório de jurisprudência eleitoral sobre a avaliação da proporcionalidade nos ilícitos eleitorais para a incidência da sanção drástica de cassação de registro, diploma ou mandato: “em nenhuma das decisões analisadas se verificou de forma clara e expressa a exposição de metodologia científica, e uniforme, para ponderar as circunstâncias que atrairiam a incidência concreta daqueles e seu correto manejo ao caso concreto” (2018, p. 440). Sendo que, na visão de Lins: “é imprescindível a utilização de metodologia científica adequada para que as decisões judiciais não possam traduzir arbítrio” (2018, p. 439).

Destarte, muito é bem vinda no processo eleitoral a metarregra hoje prevista no artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, que disciplina que: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma

afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Sendo que, apesar da autonomia do direito processual eleitoral, hodiernamente também o Código de Processo Civil, em seu artigo 15, lança que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Destacando João Andrade Neto razões substancialmente relevantes da aplicabilidade do artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil ao processo eleitoral, vez que o mesmo “se preocupa em estabelecer critérios para decisões obtidas por meio da ponderação” (2016, p. 374).

Este é exatamente o objetivo do presente trabalho: postular a aplicabilidade do artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, como elemento formal do dever de fundamentação da decisão judicial (artigo 93, inciso IX, da Constituição), quando do aferimento da potencialidade lesiva, pela gravidade das circunstâncias da prática do ilícito eleitoral, para legitimar a incidência da sanção de cassação de registro, diploma ou mandato imposta pela Justiça Eleitoral.

2. DA ESTRUTURA FORMAL DA LEI DO BALANCEAMENTO DE ROBERT ALEXY, E DA RACIONALIDADE DO DISCURSO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA ATRIBUIÇÃO DE DIMENSÃO DE PESO A PRINCÍPIOS COLIDENTES.

Enunciam Júnior, Nunes, Bahia e Pedron que o artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, incorporou no seu pressuposto teórico a Lei do Balanceamento de Robert Alexy⁴⁰⁰, ao “tornar obrigatória a exposição de como foi resolvido o conflito entre princípios” (2015, p. 321).

Entrementes, relembra Lins que na solução da colisão entre princípios a Lei da Ponderação “é a construção teórica mais clássica e largamente difundida e aplicada pelo Poder Judiciário no Brasil, fundada, em essência, no magistério de Robert Alexy” (2018, p. 423). Contudo, a aplicabilidade da Lei do Balanceamento na práxis judiciária nacional recebe duras críticas em decorrência de sua erronia metodológica, ao ponto de, a partir de pesquisa empírica de Fausto Santos de Moraes sobre centenas de julgados do Supremo Tribunal Federal⁴⁰¹, Lênio Streck dizer que: “a nossa Suprema Corte, nas quase duzentas vezes que lançou mão da ponderação nos últimos dez anos, em nenhum dos casos o fez nos moldes

400 Nesse sentido também Lênio Luis Streck (2015, p. 02) observa que “quando o legislador fala em ponderação, podemos estar certos de que está se referindo a longa tradição representada pela recepção (embora absolutamente equivocada) em *terrae brasilis*, da ponderação (*Abwägung*) da teoria da argumentação proposta por R. Alexy.

401 A pesquisa de Fausto Santos de Moraes também é referenciada por Georges Abboud e Júlio César Rossi (2017, p. 117 e 118), especificando os mesmos as aporias de aplicabilidade da Lei do Balanceamento pelo Supremo Tribunal Federal.

propostos por seu criador alemão” (2015, p. 02).

Logo, para evitar a incorreção metodológica na aplicação da Lei do Balanceamento no aferimento da potencialidade lesiva quando da colisão entre o princípio democrático e os princípios da normalidade e legitimidade das eleições, transparência da publicidade da prestação de contas da campanha eleitoral, incolumidade da vontade popular, e igualdade de oportunidade entre os concorrentes ao pleito, imperiosa é a reconstrução descritiva da teoria de Alexy.

Nessa senda, é de se dizer que Robert Alexy desenvolveu a Lei do Balanceamento a partir da análise do acervo de jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. Paradigmaticamente tomou em consideração o caso Lüth, decidido em 1958. Dito precedente dá conta que a pessoa de Lüth passou a promover campanha pública contra o filme do cineasta Veith Harlan, pois esse no regime nazista fora o diretor de maior destaque na produção da propaganda nacional-socialista. No litígio o Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu, haja vista a previsão do artigo 826 do Código Civil Alemão, que o comportamento de Lüth era ilegal, eis que sua ação era contra a “*public policy*, pois visava evitar o ressurgimento de Harlan como grande diretor de cinema, não obstante o fato de ele não somente haver passado pelo processo de “desnazificação”, mas de também não haver sido condenado em uma ação penal por crime de guerra” (ALEXY, 2003, p. 132). Irresignado, Lüth apresentou queixa à Corte Constitucional Federal Alemã, decidindo a mesma que diante da colisão entre a liberdade de expressão protegida pela primeira seção do artigo 5º da Lei Fundamental Alemã, e a proteção da personalidade alheia a autorizar a restrição daquela na segunda seção do mesmo artigo por “lei geral”, a Corte promoveu um balanceamento para diante das circunstâncias do caso concreto dar prevalência à liberdade de expressão. Na conclusão de Alexy (2003, p. 133):

A Corte Constitucional argumentou que não seria suficiente observar esses dois supostos lados isolados. Ao contrário, a Corte requereu que houvesse um balanceamento ou um sopesamento dos princípios colidentes em que a aplicação de regras do Direito civil poderia limitar um direito constitucional. O resultado do seu balanceamento foi que ao princípio da liberdade de expressão deveria ser dado prioridade sobre considerações constitucionais concorrentes. Ele exigiu que o dispositivo “contra a *public policy*” do art. 826 do Código Civil Alemão fosse interpretado de acordo com essa prioridade, ou seja, em uma palavra, Lüth ganhou.

Emergiu desse paradigma na ideia de Alexy que as normas de direitos fundamentais previstas na Constituição são “justiciáveis”. Isto é, “a vinculatividade dos direitos fundamentais, ao fim e ao cabo, está em poderem ser apresentados no plano jurídico quando violados” (HECK, 2000, p. 73). E mais, na sua tessitura normativa ditas normas de direitos fundamentais, apesar de garantirem direitos subjetivos, têm estrutura semanticamente aberta. Ou seja, fornecem mandamentos com caráter *prima facie*, pois “exigem que algo seja realizado na

maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (ALEXY, 2006, p. 103), eis que “representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio” (ALEXY, 2006, p. 104).

Destarte, conclui Alexy que, invariavelmente, as normas de direitos fundamentais estão suscetíveis à colisão. Desse modo, Alexy promove um recorte epistemológico das normas de Direito para divisar regras (que ofertam um mandamento definitivo diante dos pressupostos de fato e de direito que contém, aplicáveis de maneira subsuntiva pelo binômio validade ou invalidade no eventual conflito entre regras, solúvel esse por cláusula de exceção dentro da própria regra ou pelos critérios ortodoxos de solução de antinomias⁴⁰²) e princípios como “mandamentos de otimização”, sendo este o molde próprio dos direitos fundamentais. Tal diferenciação entre regras e princípios de natureza qualitativa é a questão angular da própria Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Sobre tal diferenciação segue o magistério do mesmo:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2006, p. 90-91).

Todavia, haja vista a justiciabilidade intermediária dos direitos fundamentais (aplicam-se na medida do possível), e sua inflexível colisão entre princípios (aplicam-se de acordo com os limites fáticos e jurídicos dos princípios outros colidentes), o método ordinário da subsunção na aplicação das regras não lhe serve, porque, conforme observa Luís Afonso Heck, tanto “o emprego do meio da

402 Luís Afonso Heck apresenta os critérios de solução do conflito entre regras (2000, p. 75):

“O conflito entre regras pode ser resolvido de duas formas: ou se introduz uma cláusula de exceção dentro da regra, que elimina o conflito, ou se declara, pelo menos, uma regra inválida. (...)”

Se a introdução de uma cláusula de exceção não entra em conta, vem, então, o segundo caso, ou seja, pelo menos uma regra deve ser declarada como inválida. Para a solução deste tipo de conflito existem os meios seguintes: a lei posterior derroga a lei anterior, a lei especial derroga a lei geral”.

inserção da cláusula de exceção ocorre sem a ponderação dessa exceção” (2000, p. 76), como os critérios ortodoxos de solução de antinomias (hierárquico, especial e temporal) são insuficientes, vez que a colisão de direitos fundamentais sempre dar-se-á no âmbito interno de uma mesma Constituição.

Para solução, então, da colisão entre direitos fundamentais, e, por conseguinte, entre princípios, Alexy desenvolve a Lei do Balanceamento (subprincípio do princípio da proporcionalidade) como “verdadeira norma de sobredireito, instrumental, que tenciona permitir o *balancing* de outros princípios de conteúdo substantivo em colisão, a viabilizar uma harmonização prática entre eles ou mesmo a exclusão de um em detrimento do outro, tudo a depender da conjuntura que se apresente” (LINS, 2018, p. 423). No registro de Alexy:

Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de *lei do sopesamento*. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula ‘dentro das possibilidades jurídicas’, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos (ALEXY, 2006, p. 167-168).

Nessa senda, a Lei do Balanceamento perpassa pelas etapas sequenciadas e sucessivas da:

- a) adequação, ligada às possibilidades fáticas, de aferimento da idoneidade da eleição de sacrifício do princípio colidente como meio de proteção do princípio prevalente;
- b) necessidade, relacionada às possibilidades fáticas, de identificação da existência de outros meios a garantirem a proteção do princípio prevalente sem o sacrifício do princípio colidente, como expressão própria da “optimal de Pareto”, isto é, “uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra” (ALEXY, 2003, p. 135);
- c) proporcionalidade em sentido estrito, referente às possibilidades jurídicas, como a relação entre a idoneidade do sacrifício do princípio colidente para a proteção do princípio prevalente, e inexistência de meios outros para salvaguarda desta proteção.

Essa metarregra final da proporcionalidade em sentido estrito “estabelece que quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro” (ALEXY, 2003, p. 136), de modo a evidenciar na Lei do Balanceamento a presença de “curvas de indiferença” como meio de representação gráfica da precedência de princípios, autorizando a aplicação da “lei da taxa marginal decrescente de substituição”, em que no âmbito da argumentação jurídica são justificadas as dimensões de peso concretamente

atribuídas (nos diferentes graus “leve”, “moderada” e “séria”) na relação de precedência condicionada entre os princípios postos, associando Alexy ao cabo de tudo a Lei do Balanceamento à Teoria da Argumentação Jurídica em torno de princípios.

No comentário de Lênio Luíz Streck sobre a Lei do Balanceamento de Alexy, obtempera o mesmo que (2015, p. 03):

Recorrendo ao simbolismo lógico, o autor vai elaborar, então, a sua “fórmula do peso”, uma equação que representa a máxima da proporcionalidade em sentido estrito e através dela permitir ao intérprete atribuir graus de intervenção e importância (leve, moderada ou sério-forte) a cada um dos princípios a fim de estabelecer qual prevalecerá [atenção, Pindorama: entenderam como é ‘simples’ isso?]. A resposta obtida pela ponderação resultará numa norma de direito fundamental atribuída (Zugeordnete Grundrechtsnorm) que, fruto da resolução dessa colisão, será uma regra aplicada subsuntivamente ao caso concreto (e que servirá para resolver também outros casos).

Por via de consequência, Alexy proporciona pela Lei do Balanceamento a racionalidade na ponderação quando da colisão entre princípios, a partir do percorrimto formal da argumentação jurídica ao curso das etapas da Lei do Balanceamento, desconstruindo, assim, as críticas direcionadas à sua teoria sobre a irracionalidade do método⁴⁰³ que a mesma propala.

Outrossim, a Lei do Balanceamento de Alexy veicula, além de uma teoria analítica, também uma teoria normativa, “uma vez que não se restringe à uma análise formal da estrutura lógica das proposições em questão, marchando em direção da busca por critérios da racionalidade do discurso” (STRECK, 2015, p. 03), sendo que na sua perspectiva a racionalidade da argumentação jurídica decorre de sua realização dentro dos “limites no âmbito de um ordenamento jurídico que pressupõe como válido um conceito de direito vinculado a uma Moral que atua com pretensão de correção de forma a impedir situações de notória injustiça” (STRECK, 2015, p. 03).

Assim sendo, a partir dessa visada, Alexy afasta a segunda crítica que é direcionada à sua teoria: da discricionariedade. Pelo que a racionalidade do discurso é extraída da argumentação da atribuição da dimensão de peso “não somente na relação entre os juízos sobre graus de intensidade e os juízos sobre proporcionalidade, mas também na relação entre os juízos sobre graus de intensidade e as razões postuladas para justificá-los” (ALEXY, 2003, p. 139).

Feitas essas elucidações sobre a extensão metodológica da Lei do

403 Na crítica de Habermas, traduzida por Alexy (2003, p. 134): “não há critérios racionais (rational standards) para o balanceamento: precisamente porque aqui não há padrões racionais, o sopesamento de valores ocorre ou arbitrária ou irrefletidamente, seguindo os padrões e hierarquias costumeiros”.

Balanceamento de Alexy, ao lado da defesa de aplicabilidade do artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil no direito processual eleitoral, tendo em vista exatamente a incorporação desse pressuposto teórico à Lei Adjetiva Civil, também é objetivo do presente trabalho expor o cumprimento racional da Lei do Balanceamento no aferimento da potencialidade lesiva do ilícito eleitoral, para legitimar a incidência da sanção de cassação de registro, diploma ou mandato pela Justiça Eleitoral, quando da colisão entre o princípio democrático e os demais princípios tutelados pelos ilícitos eleitorais inominados e nominados, bem como, concomitantemente, fixar diretrizes para minar a discricionariedade (ou mesmo a arbitrariedade) nessa verificação⁴⁰⁴.

3. CONCLUSÃO: DA OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA FORMAL DA LEI DO BALANCEAMENTO NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE CASSAÇÃO DE REGISTRO, DIPLOMA OU MANDATO, E DA OBSERVÂNCIA DE LIMITES ESTRUTURAIS À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.

O exercício da jurisdição, como o poder de interpretar e aplicar o Direito, solvendo assim o litígio, é o lugar privilegiado para a hermenêutica jurídica. Nesse diapasão, na inevitável trajetória entre texto de Lei, como um dado de entrada na interpretação e aplicação do Direito, e Norma, como produto da jurisdição (SILVA, 2002, p. 33), selecionando o juiz dentro do limite no ordenamento jurídico a resposta correta ao caso concreto.

Ocorre que, nessa revisitação da jurisdição ao ordenamento dentro dos contornos da lide delimitado pelas questões postas pelas partes no processo através de suas pretensões, é colocado em paralelo a aplicação qualitativamente diversa de regras e princípios. Destarte, dada a diversidade epistemológica entre regras e princípios, nada obstante a eventual antinomia entre regras ser solvida no âmbito da validade, a partir dos critérios hierárquico, da especialidade e cronológico, a colisão entre princípios assim não se solve.

Em verdade, para Alexy a colisão entre princípios é resolvida por uma relação de precedência no caso concreto, a partir da atribuição argumentativa da dimensão de peso pelo intérprete aos princípios antagônicos. Para tanto, Alexy formula a Lei do Balanceamento, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No âmbito da dogmática jurídica, com o advento do Código de Processo Civil

404. Na inteligência de Zílio (2018, p. 451) a avaliação da potencialidade lesiva nos ilícitos eleitorais incorre em “uma série de fatores contribuem decisivamente para esse déficit de legitimidade das decisões sancionatórias contramajoritárias proferidas pela Justiça Eleitoral, que podem ser concebidas como uma espécie de vetores de crise de fundamentação dessas decisões.

de 2015, no que tange à fundamentação da decisão judicial, o método do sopesamento foi incorporada no artigo 489, §2º, que assim dispõe: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Assim, doravante, na argumentação jurídica, o juiz deve demonstrar o iter de sua ponderação, a saber: a) identificação dos princípios colidentes; b) cumprimento das etapas da “lei do balanceamento”; e c) exposição das razões fáticas e jurídicas que conduziram à precedência de um princípio em detrimento de outro, no caso concreto. E esse conjunto de metaregras se aplica supletivamente ao processo eleitoral, por força do artigo 15 do Código de Processo Civil. Segundo Lins a esse respeito:

Para que não haja arbítrio, portanto, faz-se necessário que a magistratura se proponha a se submeter a técnicas; é imperioso que o modo pelo qual se chegou a uma determinada decisão esteja também esclarecido nesta, para que se minimizem os riscos inerentes à aplicação do texto da norma, seja por decorrência de sua interpretação direta, seja pela incidência de princípios para solver um conflito intersubjetivo de interesses.

E aqui não se está defendendo uma ditadura hermenêutica ao contrário, defende-se que a fundamentação do *decisum*, a que aduz o art. 93, IX, da CF/88, também inclua a exposição de método hermenêutico utilizado pelo magistrado para chegar a seu veredicto, tudo a bem da efetiva concretização da *due process of law*, sobretudo quando se utiliza a proporcionalidade (LINS, 2018, p. 428).

Portanto, no direito processual eleitoral, há um ambiente fértil para a aplicação da Lei do Balanceamento quando do aferimento fundamentado da potencialidade lesiva como elemento material de legitimação para a cassação de registro, diploma ou mandato diante da percepção formal da prática do ilícito eleitoral, a partir da ponderação do princípio democrático contra os princípios da normalidade e legitimidade do pleito (em relação ao abuso de poder econômico, político e dos meios de comunicação, e no que pertence à fraude eleitoral), da transparência da arrecadação e gastos de campanha (na violação às regras atinentes à arrecadação e gastos de campanha), a liberdade do exercício do direito do voto (na captação ilícita de sufrágio) e a igualdade de condições entre os candidatos concorrente no pleito (nas condutas vedadas).

De toda forma, entende Zílio que a judicialização do processo eleitoral, como a alteração do resultado do pleito por decisão judicial, tem um caráter contramajoritário, qualificando o ônus argumentativo para legitimação de seu resultado:

O reconhecimento da necessidade de uma justificativa específica dessas decisões contramajoritárias sancionatórias passa pelo caráter coletivo inerente a essas

ações eleitorais, pela proteção aos direitos metaindividuais na esfera eleitoral, pela própria defesa do regime democrático (que ostenta uma dimensão de direito público incondicionado) e encontra amparo nas características singulares existentes na prestação jurisdicional eleitoral.

A tarefa de proteção ao exercício de mandato eletivo é exercida sempre a partir de uma análise de uma dimensão pessoal (do eleito) e de uma dimensão coletiva (de observâncias às regras do jogo eleitoral). A Justiça Eleitoral deve cotejar valores de status constitucional que eventualmente se contrapõem: soberania popular e legitimidade das eleições (ZILIO, 2018, p. 452).

Motivo pelo qual, a inobservância do método da Lei do Balanceamento na identificação da potencialidade lesiva será causa de nulidade procedimental, nos termos do artigo 10 do Código de Processo Civil: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Ademais, nessa senda, pela positivação legal contida no inciso XVI, da Lei Complementar nº 64/90, e pela prática jurisprudencial eleitoral, ingressa de sobremodo nessa análise de sopesamento da potencialidade lesiva a importância da “gravidade das circunstâncias” da prática do ilícito eleitoral, fornecendo então o caso concreto razões substancialmente importantes para a hermenêutica jurídica (ou concretização normativa).

Por conseguinte, a aplicação da Lei do Balanceamento no direito processual eleitoral para o fim específico da ponderação da potencialidade lesiva deve ser realizada dentro dos limites estruturais: 1) da pretensão deduzida em juízo pelas partes no processo; 2) do convencimento motivado sobre a prova produzida ao longo curso da instrução processual; 3) do balanceamento entre a gravidade das circunstâncias do ilícito praticado e a sanção de cassação de registro, diploma ou mandato a ser implementada; 4) da diferenciação da responsabilidade do candidato beneficiário, se direta ou indiretamente concorrente para a prática do ilícito eleitoral, ou se mero beneficiário.

4. REFERÊNCIAS.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; Rafael Thomaz; OLIVEIRA. Introdução à teoria e à filosofia do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALEXY, Robert. Direitos Constitucionais, Balanceamento e racionalidade. In Revista Ratio Juris da Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, junho de 2003, p. 131-140.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição. Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acessado em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 64. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm> . Acessado em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.737/1965. Brasília. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm>. Acessado em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acessado em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 633703, rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 18/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acessado em: 03 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 418156. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Relator(a) Min. Dias Toffoli, DJe: 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>>. Acesso em: 04 ago. 2020.

JUNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco.

LINS, Rodrigo Martiniano Ayres. A proporcionalidade como pilar do sistema sancionatório eleitoral: correção, ilegalidade ou abuso?. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura; PECCININ, Luiz Eduardo (Org). Abuso de poder e perda de mandato. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 421-442.

MALDONADO, Helio Deivid Amorim. Potencialidade lesiva nas ações eleitorais. Revista Estudos Eleitorais, v. 8, n. 3, 2013. p. 40/56.

NETO, João Andra. Ponderação e dever geral de fundamentação no direito eleitoral. In: PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura; (Org). O direito eleitoral e o novo código de processo civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 359-380.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A Constituição Viva. 2ª. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Chein. Manual de Direito Eleitoral. 1ª. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003, p. 607-630.

ZILIO, Rodrigo López. Cassação de mandato e decisão sancionatória eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura; PECCININ, Luiz Eduardo (Org). Abuso de poder e perda de mandato. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 443-467.

10

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DÍVIDAS DE CAMPANHA ELEITORAL: DA INEXISTÊNCIA DE SOLIDARIEDADE ENTRE CANDIDATOS E PARTIDOS POLÍTICOS

Flávio Cheim Jorge⁴⁰⁵

Ludgero Liberato⁴⁰⁶

Helio Deivid Amorim Maldonado

1. INTRODUÇÃO.

O presente artigo tem por objeto a análise da existência ou não de responsabilidade solidária existente entre candidatos e partidos políticos por gastos de campanha empreendidos individualmente por cada um desses.

O tema é de especial importância na medida em que está relacionado ao processo eleitoral⁴⁰⁷, sendo forçoso reconhecer que as campanhas eleitorais,

405 Doutor e mestre em Direito pela PUC/SP. Professor Titular da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Foi Juiz Titular – Classe dos Juristas – do TRE/ES por dois biênios. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Advogado.

406 Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Professor em diversos cursos de Pós-Graduação em Direito Eleitoral. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/ES. Advogado.

407 O termo “processo eleitoral” é, sem sombra de dúvida, um dos mais controvertidos na seara eleitoral, seja ao longo de sua história, seja nos dias atuais, sendo essencial delimitar seu alcance. Por estar mencionado pelo art. 16 da Constituição Federal de 1988, foi objeto de inúmeras apreciações pelo Supremo Tribunal Federal, que tendo primeiramente conferiu à expressão a noção de direito adjetivo, ligado aos processos jurisdicionais (ADI nº 354/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 24/09/1990, DJ 22/06/2001). Posteriormente,

vocacionadas à captação do sufrágio, demandam a realização de despesas com a propaganda eleitoral, que envolvem, conforme a discriminação exemplificativa do artigo 26 da Lei nº 9.504/97:

- I - confecção de material impresso de qualquer natureza e tamanho, observado o disposto no § 30 do art. 38 desta Lei;
- II - propaganda e publicidade direta ou indireta, por qualquer meio de divulgação, destinada a conquistar votos;
- III - aluguel de locais para a promoção de atos de campanha eleitoral;
- IV - despesas com transporte ou deslocamento de candidato e de pessoal a serviço das candidaturas, observadas as exceções previstas no § 30 deste artigo.
- V - correspondência e despesas postais;
- VI - despesas de instalação, organização e funcionamento de Comitês e serviços necessários às eleições;
- VII - remuneração ou gratificação de qualquer espécie a pessoal que preste serviços às candidaturas ou aos comitês eleitorais;
- VIII - montagem e operação de carros de som, de propaganda e assemelhados;
- IX - a realização de comícios ou eventos destinados à promoção de candidatura;
- X - produção de programas de rádio, televisão ou vídeo, inclusive os destinados à propaganda gratuita;
- XI - (Revogado);
- XII - realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais;
- XIII - (Revogado);
- XIV - (Revogado);
- XV - custos com a criação e inclusão de sítios na internet e com o impulsionamento de conteúdos contratados diretamente com provedor da aplicação de internet com sede e foro no País;

deu-se guinada em direção oposta, concebendo-o com uma série concatenada de atos visam a receber e transmitir a vontade do povo e que pode ser dividido em três fases: a fase “pré-eleitoral”, que vai desde a escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; a fase “eleitoral propriamente dita”, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação; e a fase “pós-eleitoral”, que se inicia com a apuração e a contagem dos votos e finaliza com a diplomação dos candidatos. V., nesse sentido: STF: ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/08/2005, DJe de 19/08/2010; ADI nº 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 22/03/2006, DJ 10/08/2006; ADI nº 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 06/08/2006, DJe de 23/02/2007; RE nº RE 633703, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/03/2011, DJe de 18/11/2011. Sobre o tema, v.: LIBERATO, Ludgero. O alcance do conceito de processo jurisdicional eleitoral no direito brasileiro. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Ferando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Org.). Tratado de Direito Eleitoral. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 6, p. 21-45.

Esses gastos, que até o advento da Lei nº 13.165/2015⁴⁰⁸ cresceram ano após ano⁴⁰⁹, por vezes foram acompanhados de dívidas divididas igualmente milionárias⁴¹⁰, como que um invariável saldo residual do processo democrático, tornando-se premente conhecer e compreender as particularidades do (sistema) ordenamento jurídico eleitoral quanto à responsabilização civil pelas obrigações contraídas nesse período por partidos políticos e/ou candidatos.

Com efeito, este artigo tem por proposta demonstrar que o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça nº 1.085.193/BA, que considerou existir responsabilidade solidária entre o candidato e o partido político por dívidas de campanha, independentemente de quem as contraiu, não deve prevalecer. Apesar de ser considerado o *leading case*, tendo em vista que é usualmente citado por diversas decisões que o seguem como jurisprudência, o fato é que esse precedente não se apresenta como resposta correta e atual à responsabilidade civil por dívidas de campanhas, diante das transformações fáticas e normativas ocorridas no sistema

408 Dispunha o art. 17-A da Lei nº 9.504/97 que a cada eleição caberia à lei, observadas as peculiaridades locais, fixar, até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral, o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberia a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral, que daria a essas informações ampla publicidade. Como nunca foi editada a mencionada lei, fixando o limite dos gastos, os partidos fixavam os valores máximos para a campanha, por ocasião do registro de candidatura (V. nesse sentido, o art. 2.º, § 1.º, da Res. nº 22.715/08 do TSE). valores máximos para a campanha, por ocasião do registro de candidatura. Em outras palavras, havia auto-regulamentação do limite de gastos de campanha. A Lei nº 13.165/15, contudo, alterou drasticamente esse modelo, já que atribuiu exclusivamente ao TSE a competência para fixar os limites dos gastos, inclusive o teto máximo das despesas dos candidatos (art. 18, da Lei nº 9.504/97), tomando por base os parâmetros previstos no art. 5º da própria Lei nº 13.165/15. Na ocasião, o Legislador tomou como base o montante de despesas das eleições anteriores (2012), estabelecendo um percentual sobre eles e corrigindo-os monetariamente. Como resultado desse verdadeiro experimento legislativo, observaram-se nas eleições de 2016, em alguns municípios, o estabelecimento de teto de valores que eram impraticáveis e não condiziam com a realidade. Para as eleições de 2018, a Lei nº 13.488/17 revogou as disposições constantes da Lei nº 13.165/15 (arts. 5º a 8º), para estabelecer, para cada cargo, o valor máximo de gastos, conforme foi divulgado pela Resolução nº 23.553/17 do TSE. Por sua vez, a Lei nº 13.878/19, ao fixar o limite de gastos para as eleições municipais de 2020, incluiu o art. 18-C na Lei das Eleições, prevendo que “limite de gastos nas campanhas dos candidatos às eleições para prefeito e vereador, na respectiva circunscrição, será equivalente ao limite para os respectivos cargos nas eleições de 2016, atualizado pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), aferido pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou por índice que o substituir”.

409 Segundo informações constantes do voto condutor da ADI nº 4.650/DF (STF, ADI nº 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/09/2015, DJe de 24/02/16) em 2002 os candidatos gastaram 798 milhões de reais, ao passo que, em 2012, os valores superaram 4,5 bilhões de reais, com aumento de 471% de gastos. Assim, no Brasil, o gasto seria da ordem de R\$ 10,93 *per capita*; na França, R\$ 0,45; no Reino Unido, R\$ 0,77; e na Alemanha, R\$ 2,21. Comparado proporcionalmente ao PIB, o Brasil estaria no topo do ranking dos países que mais gastariam em campanhas eleitorais, de modo que 0,89% de toda a riqueza gerada no País seria destinada a financiar candidaturas de cargos representativos, a superar os Estados Unidos da América, que gastariam 0,38% do PIB.

410 A título exemplificativo, a campanha presidencial de Aécio Neves terminou com mais de 14 milhões de despesas contratadas e não pagas, conforme relatórios constantes das Prestações de Contas nº 98487 e 91788, no TSE. Por sua vez, conforme mencionou o TRE-SP, a campanha de Fernando Haddad para a Prefeitura de São Paulo, em 2016, teve saldo devedor de mais de oito milhões de reais (Recurso Eleitoral na PC nº 740-49, j. em 12/11/2019, DJe de 22/11/2019).

eleitoral após o mesmo, devendo haver sua superação.

2. O LEADING CASE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.085.193/BA.

Em junho de 2011, ao julgar o Recurso Especial nº 1.085.193, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou a interpretação do artigo 17 da Lei nº 9.504/97 e do artigo 241 do Código Eleitoral, diante da seguinte situação fática, transcrita no relatório daquele julgado:

- (i) uma empresa de serviços gráficos ajuizou ação de cobrança em face de uma candidata às Eleições de 2004, alegando que produzira em favor dela material gráfico para a campanha e que, após diversas tentativas, não havia conseguido receber pelos serviços prestados;
- (ii) citada, a candidatada alegou que os serviços gráficos foram encomendados pela Coligação de Partidos pela qual concorrera, alegando ainda a inexistência de prova de qualquer pactuação dela com a empresa autora;
- (iii) a sentença julgou procedente o pedido autoral, sob dois fundamentos: a) as coligações não possuem personalidade jurídica e não podem contratar; b) a ré foi beneficiada, pois foi quem se utilizou dos serviços e materiais gráficos em sua campanha política;
- (iv) no recurso de Apelação da candidata, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva e extinguiu o processo sem julgamento de mérito, por entender que a prova dos autos teria sido inequívoca no sentido de que as contratações foram firmadas pela Coligação e, portanto, a responsabilidade dos gastos seria do partido e não da candidata⁴¹.

Ao julgar o caso, o STJ adotou (os seguintes fundamentos) as seguintes razões de decidir para dar provimento ao recurso especial:

- (i) a coligação partidária é “instituição jurídica suprapartidária, com natureza temporária e que não possui personalidade jurídica, apta a contrair obrigações civis, como na espécie”;
- (ii) admitir a legitimidade da coligação levaria à situação de inegável insegurança jurídica, impedindo eventual ação de cobrança;
- (iii) as eventuais despesas de campanha são de responsabilidade do Partido Político ou do candidato, nos termos do art. 17 da Lei nº 9.504/97;

411 Os fundamentos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia não foram transcritos pelo acórdão proferido pelo STJ, tendo sido necessária a consulta direta ao acórdão proferido nos autos da apelação cível nº 28906-5/2007, Rel. Des. Maria do Carmo Siqueira, j. em 10/10/2007.

(iv) sendo admitida a responsabilidade solidária entre Partido Político e o candidato, nas hipóteses de excesso na divulgação da propaganda eleitoral (art. 241 do Código Eleitoral), dando ensejo à reparação competente – conforme precedente do Recurso Especial nº 663.887/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 01/02/2006, “com maior razão é de se admitir tal responsabilidade solidária, nas hipóteses, como a dos presentes autos, de pagamento das despesas realizadas durante a campanha eleitoral”.

Hodiernamente, dito precedente ganha especial importância, pois com o advento do Novo Código de Processo Civil (2015), segundo seu artigo 926, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Não se olvida que haja diferença de substância entre as concepções sobre precedente e jurisprudência⁴¹². Mas procede a assertiva supra-afirmada, vez que se “o *leading case* é assim considerado posteriormente e não com antecedência: são os julgados posteriores que o reconhecem como tal, e o seguem” (MEDINA, 2015, p. 1.241), e no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça dito precedente é repetido em decisões colegiadas⁴¹³ e monocráticas⁴¹⁴. Então esse entendimento já é jurisprudência.

Se assim o é, justamente na procura da realização do axioma da segurança jurídica (artigo 5º, cabeça, da Constituição), dita jurisprudência, de maneira mais que persuasiva, vêm sendo acolhida pelos demais Tribunais pátrios sobpostos⁴¹⁵, se limitando os julgados a assacarem a autoridade do resultado do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em atitude de convencionalismo.

Como se verá a seguir, as razões existentes já à época daquele julgado e as inovações legislativas posteriores a ele denotam a não realização da resposta correta no Direito pelo mesmo, devendo haver superação dessa jurisprudência.

412 Promovendo conceitualmente essa diferença, registra Daniel Neves (2016, p. 1.485) que:

Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido.

(...)

Jurisprudência, por sua vez, é o resultado de um conjunto de decisões no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferida pelos tribunais.

413 AgRg no AREsp 703.923/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/ agosto/2015.

414 AREsp nº 1.095.753/MG, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 26/outubro/2017.

415 A saber: a) TJDF, Apelação nº 1047612, 20150110807070APC, Relatora Des. Nídia Corrêa Lima, 1ª Turma Cível, julgado em 20/setembro/2017; b) TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0569.11.000341-9/001, Relator Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª Câmara Cível, julgado em 17/abril/2013; c) TJMT, Agravo Regimental em Apelação nº 159929/2016, Relatora Des. Serly Marcondes Alves, 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 30/novembro/2016; d) TJRS, Apelação Cível nº 70070252226, Relator Des. Heleno Tregnago Saraiva, 18ª Câmara Cível, julgado em 27/outubro/2016

3. O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN. A JURISPRUDÊNCIA COMO UM ROMANCE EM CADEIA. E A NECESSIDADE DA RESPOSTA CORRETA NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

Ronald Dworkin toma como ponto de partida na sua construção teórica, em “Levando os Direitos a Sério”, a crítica sobre o positivismo jurídico, personificado na doutrina de Herbert Hart, autor esse convencionalista (LAGES, 2001, p. 41) que, na perspectiva de Dworkin, crê que o Direito impescinde de convenções jurídicas pré-estabelecidas pelas instituições competentes para tanto, quer quando da tomada de decisões políticas no processo legislativo, quer seja pela prática jurisprudencial⁴¹⁶, de modo que, entretanto, “quando casos complexos e inusitados e a priori pela legislação, são levados aos tribunais para se saber quais direitos e obrigações têm as partes, o positivismo jurídico vacila” (COURA e AZEVEDO, 2014, p. 115). Nesse ínterim, “essa doutrina argumenta que se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário” (DWORKIN, 2007, p. 54), pelo que a discricionariedade ou decisionismo judicial aqui tratado é entendido em um “sentido forte”, posto que “quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei” (DWORKIN, 2007, p. 55). É exatamente aqui que jaz o problema descritivo do conceito de Direito de Hart, já que a regra de reconhecimento (ou “regra de pedigree”, no sentido pejorativo de Dworkin) somente outorga pertencimento formal ao ordenamento jurídico às regras estabelecidas pelas convenções jurídicas, negando reconhecimento formal aos princípios.

Destarte, em explícita luta contra a discricionariedade ou decisionismo judicial, o autor americano propõe que o Direito seja impregnado pelos princípios para a solução dos “casos difíceis”, sendo que a diferença na sua aplicação (em relação às regras) é de natureza qualitativa, pois os princípios, ao invés da aplicação no “esquema do tudo ou nada” das regras, oferecem diferente orientação ao interprete, concedendo finalisticamente ao juiz livre eleição de meios para sua realização, tomando em consideração sempre sua colisão com outros princípios concorrentes. Isto é, a forma de solução da colisão entre princípios dar-se-á no âmbito da aplicação interpretativa do Direito: “Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (dimension of weight), demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade” (ÁVILA, 2007, p. 37).

Todavia, na eleição de princípios a conformar os litígios postos sobre o

⁴¹⁶ Dworkin, tal como Hart, estava inserido no sistema da commonlaw, motivo pelo qual ontologicamente reconhece a jurisprudência como fonte formal primária do Direito.

mundo da vida, “esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível” (DWORKIN, 2007, p. 60). A bem da verdade, como anunciam Coura e Azevedo (2014, p. 115), Dworkin propõe uma “teoria liberal do Direito” em que os direitos individuais, extraídos da prática social (legislativa ou judiciária) personificada na comunidade (ZANOTTI e COURA, 2014, p. 36), são “trunfos políticos” que os indivíduos detêm, motivo pelo qual sua doutrina vem de maneira temperada reabilitar a relação entre moral e direito, vez que esses dependem da institucionalização daqueles para ter seu reconhecimento formal.

Para tanto, retórica e metaforicamente, Dworkin idealiza a figura do “Juiz Hércules”, dotado de poderes mitologicamente divinos (herculanos, então) para de maneira onisciente conhecer toda a prática social de sua comunidade (ordenamento jurídico, refletido na legislação ou na jurisprudência), e dela, no respeito à dignidade da Legislação e observância da história jurisprudencial que lhe é antecedente, extrair a resposta correta para a solução dos casos difíceis a partir do Direito institucional afirmado pelas partes no processo (os direitos individuais são assim preexistentes), pela adequada eleição do(s) princípio(s) a darem fundamento de legitimidade à sua interpretação jurídica realizada. Em outras palavras, a tarefa do Juiz Hércules é “de encontrar os princípios aplicáveis que façam parte do direito vigente e que expliquem, e justifiquem a história da comunidade” (SGARBI, 2005, p. 281).

Por via de consequência, nessa visada, diferentemente do interprete positivista que interpreta o Direito em dois momentos distintos, “primeiro encontram o limite daquilo que o Direito explícito exige e, em seguida, exerce um poder discricionário independente para legislar sobre problemas que o Direito não alcança” (COURA e AZEVEDO, 2014, p. 126), o Juiz Hércules idealizado por Dworkin realiza a interpretação jurídica em três etapas distintas (ZANOTTI e COURA, 2014, p. 33), a saber: a) pré-interpretativa, em que são identificadas as regras e/ou princípios contidos na prática social aptos a regular o caso; b) interpretativa, em que é analisada a justificação na fundamentação da adoção da decisão na etapa anterior do passado, mormente a partir da história jurisprudencial; c) pós-interpretativa, em que é selecionada aquela melhor resposta decisão para o caso concreto e em diante, a partir de uma “convicção subjetivada objetivada”, posto que mantido é o protagonismo judicial na interpretação jurídica, contudo limitado o mesmo pela prática social da comunidade em que está inserido o juiz interprete. Por isso é que, nessa compreensão, o Juiz Hércules decide sem “criar rupturas” no sistema de precedentes que lhe é antecedente, agindo como que sob uma “teia inconsútil”.

Entrementes, dadas as críticas dirigidas ao pensamento de Dworkin “por advogar a tese da única decisão correta e por lançar mão de um Juiz Hércules para resolver todos os problemas jurídicos, de maneira isolada” (OMMATI, 2004, p. 155), agindo assim com solipsismo, o autor americano apresenta, para

manutenção de sua luta contra a discricionariedade judicial, a partir de “O Império do Direito”, a ideia do Direito como integridade, em antagonismo ao convencionalismo, o qual “faz o direito depender de convenções sociais distintas que ele designa de convenções jurídicas” (LAGES, 2001, p. 41), motivo pelo qual “a prática jurídica, para o convencionalismo, é uma questão de respeitar e aplicar as convenções” (LAGES, 2001, p. 41), e ao pragmatismo, o qual afirma que “as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser a decisão judicial que, ao final, se revela a melhor para a comunidade de como um todo, sem considerar nenhuma decisão política do passado” (LAGES, 2001, p. 44). Na sua visão, então, em ditas “teorias semânticas” (convencionalismo e pragmatismo) “os critérios empregados para avaliar as proposições jurídicas baseiam-se, comumente em aspectos linguísticos” (COURA e AZEVEDO, 2014, p. 129). Isto é, a divergência sobre os dispositivos normativos é exclusivamente verbal, impregnado seu método da interpretação jurídica pela utilização de um “agulhão semântico”, pois o produto da interpretação constitui-se como um “dado objetivo”. Destarte, nessa sua nova concepção de Direito, pelo melhor desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial, Dworkin propõe um avanço sobre a epistemologia jurídica para que a divergência sobre o Direito seja uma “questão de concepção teórica” relacionada aos próprios fundamentos do Direito.

Nesse ínterim, para melhor desenvolver seu projeto, Dworkin constrói a tese do Direito como integridade, lançando mão da ideia da “interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2007, p. 272), na qual o Juiz Hércules interpreta os dispositivos normativos como uma entidade distinta de seu criador (Legislativo ou Judiciário), procedendo no seu modo de agir com uma atitude argumentativa e auto-reflexiva, quer seja nos casos difíceis como nos fáceis também, no âmbito de uma “hipótese estética” contida na “comunidade personificada” da prática social. Por isso é que “a integridade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteados” (LAGES, 2001, p. 85).

Por via de consequência, na busca da “legitimidade para o uso da força pelo Estado com base em fatores internos ao Direito, quais sejam, os princípios” (ZANOTTI e COURA, 2014, p. 36), a interpretação construtiva promove a integridade da legislação e da jurisprudência, posto que o Juiz Hércules na aplicação do Direito realiza a “interpretação sistemática do ordenamento jurídico e das decisões institucionais pretéritas” (COURA e AZEVEDO, 2014, p. 134). Nesse diapasão, para essa compreensão, Dworkin utiliza uma nova metáfora plasmada na idealização do “romance em cadeia”, no qual o intérprete romancista interpreta o Direito a partir de sua inserção na história fluída jurisprudencial para que a partir de uma “dimensão de adequação” promova sua descrição e pela “dimensão de justificação” eleja argumentativamente a melhor interpretação para o caso

concreto e para o futuro.

Contra a discricionariedade na eleição da interpretação num sentido/alcance ou noutra (DWORKING, 2005, P. 180), o Direito como integridade de Ronald Dworkin revela em seu pano de fundo a pretensão da resposta correta na exegese legal, não como a única verdadeira, mas sim como a “única que pode convencer todas as partes envolvidas na tomada da decisão” (OMMATI, 2004, p. 163). Ademais, o reconhecimento da resposta correta não se legitima exclusivamente por seu conteúdo, mas sim pela observância de um método na interpretação jurídica que respeite a dignidade da Legislação e que seja coerente com a integridade da história da jurisprudência que lhe é antecedente. Em outras palavras: “O que se quer do juiz é essa postura integradora, uma argumentação convincente, detalhada, não uma mera cópia de casos passados ou do texto da norma, enfim uma argumentação na qual o caso concreto é levado a sério” (COURA e FREIRE JÚNIOR, 2013, p. 686).

Entretanto, “se o juiz escreve um capítulo da obra maior, é lógico que está vinculado a decisões anteriores, mas também é claro que pode dar uma guinada na história, se as situações fáticas, sociais e jurídicas lhe requerem” (OMMATI, 2004, p. 159-160). O Juiz Hércules não está preso aos mastros do navio como Ulysses contra o “o canto das sereias”. Desse modo, no desenvolvimento do “romance em cadeia” o interprete romancista pode criar uma ruptura na história jurisprudencial (todavia sem ignorá-la, ou reinventá-la), passando a reescrever uma nova dirigida ao futuro, “a partir de outros pressupostos principiológicos igualmente presentes no ordenamento jurídico” (ZANOTTI e COURA, 2014, p. 38).

Transladando toda essa teoria do Direito como integridade para o nosso ordenamento jurídico nacional, bem dizem Bahia, Nunes e Pedron (2015) que pela análise dos artigos 7º, 10 e 489, do Código de Processo Civil, que reconhecem respectivamente a isonomia processual, o contraditório substancial e a procedimentalização da garantia fundamental da fundamentação das decisões judiciais, o Juiz Hércules tem nesse ambiente um campo fértil para o exercício de seu modo de agir, eis que “Hércules institucionaliza um pressuposto interpretativo contrafático, que pode ser evidenciado mediante a necessidade de um processo democrático e participativo de formação decisória, amplamente embasado pelo contraditório e fundamentação dinâmicos”.

De mais a mais, na mesma inteligência de Bahia, Nunes e Pedron (2015), também ao Código de Processo Civil institucionalizar no seu artigo 926 que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, seguiu o mesmo o pensamento dworkiniano que “impõe o respeito da cadeia decisória desde a primeira análise (leading case) e, em especial, com respeito dos fundamentos determinantes (*ratione decidendi*) que nortearam a aplicação”.

E como não poderia deixar de ser, seguindo a métrica da teoria do Direito

como integridade, o Código de Processo Civil trouxe a possibilidade de superação de precedentes (*overruling*), tanto em relação aos precedentes de caráter vinculante como em relação àqueles outros de natureza somente persuasiva, ao fixar nos seus §§ 2º, 3º e 4º, do artigo 927, tal possibilidade em relação aos primeiros, e no artigo 489, §1º, inciso VI, tal previsão em relação aos segundos.

Para tanto, o Juiz Hércules, na “interpretação construtiva” desempenhada ao largo do “romance em cadeia”, descreve as razões de decidir da jurisprudência que lhe precede, tomando em relevo seus fundamentos relevantes (*ratione decidendi*), para que de maneira argumentativa passe a desconstruí-los/superá-los (*overruling*) a partir do delineamento de outras questões fáticas ou jurídicas tomadas em maior consideração.

É exatamente esse o principal escopo do presente trabalho, isto é, descrever a jurisprudencial nacional sobre a responsabilidade civil pelas dívidas contraídas em campanha eleitoral, criticando a exegese feita pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.085.193/BA, trazendo agora ao final razões jurídicas diversas, extraídas do olhar sistemático do ordenamento jurídico, para que em arremate esteja o interprete julgador municiado de fundamentos relevantes para realizar a superação do *leading case* em questão, que concluiu pela responsabilidade solidária entre candidatos e partidos políticos para pagamento das dívidas contraídas e não quitadas, de fornecedores de bens ou prestadores de serviço, em favor de campanha eleitoral.

4. CONCLUSÃO: DOS FUNDAMENTOS QUE PERMITIREM A INTERPRETAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL INDIVIDUAL PELAS DÍVIDAS DE CAMPANHA ELEITORAL.

O (sistema brasileiro de) financiamento de campanhas eleitorais (das eleições) é marcado por densa regulamentação normativa, tanto pela Lei sem sentido estrito, quanto pelas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que o disciplinam (as regulamentam)⁴¹⁷.

Assim, exemplificativamente, estabelece o legislador quais são as fontes e formas possíveis de arrecadação de recursos⁴¹⁸, destacando também as fontes vedadas de custeio⁴¹⁹. Além disso, estabelece quais os gastos possuem natureza eleitoral, isto é, aqueles que devem ser declarados à Justiça Eleitoral e que

417. V. sobre o tema: CHEIM JORGE, Flávio; LIBERATO, Ludgero; e ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Curso de Direito Eleitoral, 2ª edição, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 281-293.

418. V. arts. 20 e 23 da Lei nº 9.504/97 e art. 15 da Res. 23.607/19.

419. V. arts. 24 da Lei nº 9.504/97 e art. 31 da Res. 23.607/19.

podem ser custeados com recursos públicos⁴²⁰ e até mesmo limita a quantidade de recursos que podem ser empregados em certos tipos de despesas.

Para permitir o pleno acompanhamento da arrecadação e dos gastos partidos políticos e candidatos são obrigados a apresentarem prestação de contas de campanha, mesmo se não utilizarem recursos públicos, e para facilitar o controle sobre a arrecadação e os gastos do candidato, exige-se que ele faça inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), mesmo não sendo pessoa jurídica⁴²¹, obrigando-o ainda a abrir contas bancárias específicas para movimentar os recursos de sua campanha⁴²².

Todavia, no que diz respeito à responsabilidade civil pelos gastos, poucas são as normas que a regulamentam.

Com efeito, dispõe o artigo 17 da Lei nº 9.054/97 que: “As despesas da campanha eleitoral serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos, ou de seus candidatos, e financiadas na forma desta Lei”.

Explicitando como seria a atividade dos partidos nesse âmbito, o artigo 19 da mesma Lei, que vigia à época do *leading case* acima mencionado, mas que não foi por ele citado, obrigava os partidos políticos a constituírem comitês financeiros⁴²³ específicos para a gestão da arrecadação e gastos de campanha da agremiação. A Lei nº 13.165/15, que pôs fim a este instituto, estabeleceu no artigo 34, inciso I, da Lei nº 9.096/95, a obrigatoriedade de que os partidos designem dirigentes partidários específicos para movimentar recursos financeiros nas campanhas eleitorais.

Por sua vez, o artigo 20 da Lei nº 9.504/97, que também não foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, esclarece a responsabilidade de candidatos, ao assentar que: “O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha”. Tal disposição é complementada pelo artigo 21 da Lei das Eleições, segundo o qual: “O candidato é solidariamente responsável com a pessoa indicada na forma do art. 20 desta Lei pela veracidade das informações financeiras e contábeis de sua campanha, devendo ambos assinar a respectiva prestação de contas”.

É interessante observar do artigo 21 da Lei nº 9.054/97, acima transcrito, que o Legislador, apesar de autorizar o candidato a delegar a atividade

420 V. arts. 26 da Lei nº 9.504/97 e art. 35 da Res. 23.607/19.

421 V. art. 22-A da Lei nº 9.504/97.

422 V. art. 22 da Lei nº 9.504/97 e arts. 8º a 14 da Res. 23.607/19.

423 Na lição de JORGE e MALDONADO (2012, p. 189): “O Comitê Financeiro não é pessoa jurídica, mas sim se constitui como ente despersonalizado, haja vista ser sujeito de direitos, dotado de aptidão para contrair direitos, deveres e obrigações, limitado pela legislação e por sua própria natureza, criado temporariamente (com início depois das convenções partidárias e com fim após a prestação de contas) pelo partido político ao qual está vinculado, para cada eleição, exclusivamente para arrecadação e gastos de campanha”.

de administração financeira a outrem, estabeleceu solidariedade entre ambos (candidato e administrador) apenas no que diz respeito à responsabilidade pela veracidade das informações, o que possui implicações na seara eleitoral, mas não estabeleceu solidariedade quanto à responsabilidade civil pelas obrigações contraídas. Desse modo, pela ótica civil, o administrador financeiro da campanha nada mais é que mandatário do candidato, agindo em nome deste e sob responsabilidade patrimonial deste.

Voltando os olhos para o artigo 17 da Lei nº 9.504/97, não há dúvidas, em nosso sentir, de que tal disposição se refere à responsabilidade pela aplicação de recursos, o que atrai o tema sobre a responsabilidade civil destes gastos, não se limitando à responsabilização pela ótica eleitoral.

Diante da redação do dispositivo legal, parece-nos correto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que as coligações não poderiam ser responsabilizadas pelos gastos de campanha, pois não possuem personalidade jurídica⁴²⁴. Disso, porém, não resulta que a responsabilidade seja de candidatos e dos partidos políticos, solidariamente.

O primeiro indicativo da inexistência de responsabilidade solidária pelos gastos de campanha diz respeito à própria redação literal do artigo 17 da Lei nº 9.504/97, ao assentar que as despesas da campanha eleitoral serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos ou de seus candidatos.

A ideia de alternatividade e de exclusão simultânea dada pela partícula “ou” já era um forte indicativo de que pretendeu o legislador estabelecer responsabilidade individual pelos gastos de campanha.

Essa intenção foi explicitada pelo artigo 29, §§3º e 4º, da Lei nº 9.504/97, que não foram objeto de alegação e de apreciação pelo leading case acima exposto, provavelmente pelo fato de que foram incluídos pela Lei nº 12.034/2009, sendo posteriores à dívida que estava sendo apreciada naquele caso, que era oriunda das Eleições de 2006.

Com efeito, dispõe o artigo 29, §3º, da Lei nº 9.504/97, que eventuais débitos

424 Realmente, nos termos do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.504/97, às coligações são atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, devendo elas funcionarem como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários. Apesar de a redação indicar uma atuação abrangente da coligação, fato é que sua existência se limita à união de partidos políticos para eleger seus candidatos e às medidas que são necessárias para tanto, tal como a reunião dos tempos de televisão de que dispõem cada partido. Nesse contexto, deve-se recordar que com o fim da possibilidade da formação de coligações para as eleições proporcionais, a partir das eleições de 2020, sequer é possível a reunião dos votos dados à diferente legenda para o preenchimento do chamado quociente partidário. Certo é que, apesar de a formação de coligações permitir o aglutinamento de prerrogativas eleitorais, isso não produz o meio efeito na seara patrimonial, de modo que as coligações não possuem vida própria no que diz respeito à arrecadação e gastos de campanha. Por isso, não se abre conta bancária para elas; não recebem elas doações, nem efetuam gastos. Tudo isso é feito pelos partidos que a compõem.

de campanha não quitados até a data de apresentação da prestação de contas⁴²⁵ poderão ser assumidos pelo partido político, por decisão do seu órgão nacional de direção partidária.

Já o § 4º dispõe que, no caso do disposto no § 3º, o órgão partidário da respectiva circunscrição eleitoral passará a responder por todas as dívidas solidariamente com o candidato, hipótese em que a existência do débito não poderá ser considerada como causa para a rejeição das contas.

Como se vê, o Legislador deixou assente que, somente no caso de assunção de dívida pelo partido é que ele passará a responder solidariamente com o candidato pela dívida por este contraída, tornando expresso, a contrário sensu, que sem essa expressa assunção não há solidariedade.

Essa também é a interpretação feita pelo Tribunal Superior Eleitoral, ao assentar, em suas Resoluções, que pagamento dos gastos eleitorais contraídos pelos candidatos será de sua responsabilidade, cabendo aos partidos políticos responder apenas pelos gastos que realizarem e por aqueles que, após o dia da eleição, forem por eles assumidos⁴²⁶.

Firme em tais razões é que a doutrina eleitoral é assente em interpretar o artigo 17 da Lei nº 9.504/97 como fixador de responsabilidade civil individual pelas dívidas de campanha, a depender de quem as contraiu (candidato ou partido, ou ambos por assunção de dívida daquele por esse último)⁴²⁷.

Tratam-se, enfim, de disposições específicas sobre a responsabilidade civil que produzem um único efeito na seara eleitoral, qual seja, impedir a reprovação das contas de campanha do candidato que, ao final das eleições, deixa gastos não quitados.

Nesse exato sentido, foi o que decidiu o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, exigindo a participação, tanto do candidato quanto do partido, na celebração do contrato de que resulta a obrigação não cumprida, in verbis: “De acordo com o artigo 17, da Lei nº 9.507/97, a solidariedade somente tem lugar quando evidenciada a atuação conjunta de partido e candidato nas negociações ou contratações de serviços relativos à campanha eleitoral”⁴²⁸.

Assim, em nosso sentir, tais dispositivos legais, específicos para a responsabilidade civil, assentam expressamente a responsabilidade individual entre

425 A correção das campanhas é materializada pela obrigatoriedade da apresentação de prestação de contas (MALDONADO, 2016), voltada tanto aos candidatos como às agremiações políticas, conforme a previsão do artigo 28 da Lei nº 9.504/97.

426 V. nesse sentido, o art. 37, § 10, da Res. nº 23.607/19 e o art. 37, §6º, da Resolução nº 23.553/17.

427 Nesse sentido Sídia Maria Porto Lima (2006, p. 101/102) e Eduardo Domingos Bottalo (2010, p. 122).

428 TJES, Emb.Decl. na Ap 0012300-07.2011.8.08.0035, Rel. Des. Fernando Estevam Bravin Ruy, 2 C. Cível, 19/06/2019.

candidatos e partidos pelos gastos de campanha e, com isso, impedem a aplicação analógica de outras regras da seara eleitoral.

Como se viu acima, para assentar a responsabilidade solidária pelas obrigações contraídas na campanha, o Superior Tribunal de Justiça tomou como fundamento analógico a existência de disposição que assenta exclusivamente a responsabilidade solidária pelos atos de propaganda eleitoral.

Com efeito, dispõe o artigo 241 do Código Eleitoral que: “Toda propaganda eleitoral será realizada sob a responsabilidade dos partidos e por eles paga, imputando-se-lhes solidariedade nos excessos praticados pelos seus candidatos e adeptos”.

Como se vê no texto legal, a responsabilidade pelos atos de propaganda é submetida a regime legal completamente diverso da responsabilidade pelos atos financeiros.

Diversamente do que ocorre com os gastos de campanha, no qual a solidariedade com a agremiação depende de ato desta, assumindo a dívida, na campanha eleitoral ela será solidariamente responsável pelos excessos praticados pelos seus candidatos.

Essa responsabilidade, porém, limita-se àquilo que decorre diretamente dos excessos praticados na propaganda, que podem redundar em consequências na seara eleitoral, com a imposição de multas, bem como consequências na seara cível, uma vez que o excesso na propaganda pode configurar ato ilícito, tal como a ofensa a honra, a utilização indevida da imagem, etc.

Essa limitação da responsabilidade solidária à propaganda eleitoral foi reforçada pelo Legislador, por meio da Lei nº 12.891/13, que inseriu o §5º do artigo 6º da Lei nº 9.504/97, segundo o qual a “responsabilidade pelo pagamento de multas decorrentes de propaganda eleitoral é solidária entre os candidatos e os respectivos partidos, não alcançando outros partidos mesmo quando integrantes de uma mesma coligação”, disposição esta que foi repetida no parágrafo único do artigo 241 do Código Eleitoral, ao assentar que “a solidariedade prevista neste artigo é restrita aos candidatos e aos respectivos partidos, não alcançando outros partidos, mesmo quando integrantes de uma mesma coligação”.

Dessa forma, o artigo 241 do Código Eleitoral não é idôneo a configurar a responsabilidade solidária pelas dívidas de campanha, por contrariar disposição específica instituída pelo legislador para esse tema, e por ser limitado à propaganda eleitoral.

Reconhecido isso, deve-se assentar que se os gastos contraídos pelos candidatos são de responsabilidade individual, salvo quando os partidos políticos expressamente assumam a dívida, o inverso também é verdadeiro, isto é, os gastos contraídos pelos partidos são de responsabilidade exclusiva destes, inexistindo responsabilidade solidária com os candidatos, mesmo quando estes

tenham usufruído dos serviços contratados.

Primeiramente, porque os partidos políticos possuem personalidade jurídica própria (art. 44, V, do Código Civil), não atraindo, assim, o risco de criar a insegurança jurídica mencionada no *leading case* quanto às coligações.

Em segundo lugar, pela completa ausência de previsão legal. Se outrora o artigo 17 da Lei nº 9.504/97 poderia causar dúvida quanto à natureza da responsabilidade civil, certo é que, com o advento dos §§3º e 4º da mesma Lei, não mais se pode negar a natureza individual de tal responsabilização. Assim, não é possível a responsabilização solidária, por analogia, por meio da invocação de dispositivos que regulam situação completamente distinta, qual seja, a responsabilização por atos de propaganda, pois, segundo o artigo 205 do Código Civil, “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Em terceiro lugar, fazer prevalecer a responsabilidade solidária do candidato pelas dívidas de campanha contraídas pelo partido político é impor, além de uma erronia jurídica extrema, uma situação fática manifestamente injusta, causando enorme insegurança jurídica que acaba por desestimular a participação de cidadãos na política.

Com efeito, nosso sistema de financiamento de campanha tornou-se eminentemente público, seja em razão da impossibilidade de doações por pessoas jurídicas⁴²⁹, seja pela tradicional baixa adesão das pessoas físicas, seja pela criação do FEFC (Fundo Especial de Financiamento de Campanhas Eleitorais)⁴³⁰, que, nas Eleições de 2018 foi do montante de R\$ 1.716.209.431,00 (um bilhão, setecentos e dezesseis milhões, duzentos e nove mil e quatrocentos e trinta e um reais) e que para as Eleições de 2020 é estimado em 2 bilhões de reais. Dessa forma, a maciça quantidade dos recursos financeiros encontra-se sob a tutela dos partidos políticos, que ainda dispõem de recursos do Fundo Partidário⁴³¹.

Deve-se destacar ainda que, atualmente, os candidatos dispõem de limitações até quanto ao valor do próprio patrimônio que podem empregar na campanha, tendo em vista que a Lei nº 13.878/19 incluiu o §2º-A no artigo 23 da Lei nº 9.504/97, para limitar a utilização de recursos próprios ao patamar de 10% do valor máximo (teto de gastos) permitido para o cargo para o qual vier a concorrer.

Titulares da maior quantia de recursos financeiros, os partidos políticos podem financiar as despesas de campanha indiretamente, transferindo recursos

429 STF, ADI nº 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/09/2015, DJe de 24/02/16.

430 V. Arts. 16-C e 16-D da Lei nº 9.504/97.

431 Segundo o glossário do sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral o Fundo Partidário é: “Fundo especial de assistência aos partidos políticos, constituído pelas multas e penalidades eleitorais, recursos financeiros legais, doações espontâneas privadas, dotações orçamentárias públicas.”.

financeiros aos candidatos, para que eles os empreguem⁴³², ou diretamente, isto é, pela realização de gastos em nome próprio, mas em favor de seus candidatos. Nesses casos, como corretamente reconhece o Tribunal Superior Eleitoral, o que ocorre é uma doação, não de recursos financeiros, mas, sim, de produtos ou serviços de maneira estimada.

Em meio a esse sistema, no qual não existem regras que garantam a existência de democracia interna aos partidos políticos, o assentamento da responsabilidade solidária dos candidatos, pelos gastos efetuados pelo partido político, pode levar a um resultado indesejado pelo próprio sistema, qual seja, a de que candidatos rejeitem as doações de serviços ou materiais fornecidos pela própria agremiação para escapar da responsabilidade futura pelos gastos!

Além disso, leva à um verdadeiro contrassenso sistêmico, qual seja, a existência de dois regimes jurídicos sobre responsabilização pelas dívidas de campanha: um, na Justiça Eleitoral, que as reconhece como sendo de natureza individual; outro, na Justiça Comum, que as entende como solidárias.

A superação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, portanto, é medida necessária e urgente.

5. REFERÊNCIAS.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta? Disponível em <hyyp://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta->. Acessado em 06 de agosto de 2015.

BOTTALO, Eduardo Domingos. Lei Eleitoral nº 9.504/97 – estrutura, análise e jurisprudência. 1ª. ed. São Paulo: Sarava, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.165/2015. Brasília. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.488/17. Brasília. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13488.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.878/19. Brasília. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13878.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

432 Dispõe o art. 39, §5º, da Lei nº 9.096/99, que “em ano eleitoral, os partidos políticos poderão aplicar ou distribuir pelas diversas eleições os recursos financeiros recebidos de pessoas físicas e jurídicas”, como pelo contido no artigo 44, inciso III, da mesma Lei, que permite a utilização dos recursos do Fundo Partidário no alistamento e campanhas eleitorais.

BRASIL. Lei nº 12.891/13. Brasília. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12891.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Resolução TSE nº 23.607/19. Brasília. 2019. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Resolução TSE nº 23.553/17. Brasília. 2017. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2017/RES235532017.html>>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105/15. Brasília. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406/02. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Lei nº 1.164/50. 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1164.htm>. Acessado em: 10 de agosto de 2020.

CHEIM JORGE, Flávio; LIBERATO, Ludgero; e ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Curso de Direito Eleitoral, 2ª edição, Salvador: Juspodivm, 2017.

COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworking. In Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Org. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Curitiba: Editora CRV, 2014.

_____ ; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito? Revista de Derecho de la Pontificia Católica de Valparaíso XLV, Valparaíso, Chile, 2013, 2º semestre.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. V. 2. 7ª. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HART, H. L. A. O Concito de Direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3ª. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2007.

_____ ; DWORKIN, Ronald. La decisión judicial; studio preliminar de César Rodríguez – Bogotá: Siglo dels Hombres Editores: Facultad de Derecho, Universidad de lós Andes, 1997.

JORGE, Helio Maldonado. MALDONADO, Helio Deivid Amorim. Lei Eleitoral Comentada. 1ª ed. Vitória: Helios Editora, 2012.

LAGES, Cintia Garabini. A proposta de Ronal Dworkin em o Império do Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v.4, n. 7 e 8, 1º e 2º sem. 2001.

LIBERATO, Ludgero. O alcance do conceito de processo jurisdiccional eleitoral no direito brasileiro. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Ferando Casagrande; AGRA, Walber de Moura. (Org.). Tratado de Direito Eleitoral. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MALDONADO, Helio. Da natureza jurídica do processo de prestação de contas final de campanha eleitoral. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4749, 2 jul. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34852>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3º. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

OMMATI, José Emilio Medauer. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In Jurisdição e Hermenêutica Constitucional (erg. Marcelo Cattoni). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

STF. ADI nº 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/08/2005, DJe de 19/08/2010.

STF. ADI nº 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 22/03/2006, DJ 10/08/2006.

STF. ADI nº 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 06/08/2006, DJe de 23/02/2007.

STF. RE nº RE 633703, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/03/2011, DJe de 18/11/2011.

STF. ADI nº 354/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 24/09/1990, DJ 22/06/2001.

STJ. AREsp nº 1.095.753/MG, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 26/outubro/2017.

STJ. AgRg no AREsp 703.923/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 04/agosto/2015.

STJ. Recurso Especial nº 663.887/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 01/02/2006.

TJMT. Agravo Regimental em Apelação nº 159929/2016, Relatora Des. Serly Marcondes Alves, 4ª Câmara de Direito Privado, julgado em 30/novembro/2016.

TJMG. Agravo de Instrumento nº 1.0569.11.000341-9/001, Relator Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª Câmara Cível, julgado em 17/abril/2013.

TJRS. Apelação Cível nº 70070252226, Relator Des. Heleno Tregnago Saraiva, 18ª Câmara Cível, julgado em 27/outubro/2016.

TJDF, Apelação nº 1047612, 20150110807070APC, Relatora Des. Nídia Corrêa Lima, 1ª Turma Cível, julgado em 20/setembro/2017.

ZANOTTI, Bruno Taufner; COURA, Alexandre de Castro. (Pós) positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworking. In Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Org. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Curitiba: Editora CRV, 2014.