



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

**CONSULTA (11551) Nº 0600306-47.2019.6.00.0000 (PJe) – BRASÍLIA –  
DISTRITO FEDERAL**

**Relator:** Ministro Luís Roberto Barroso

**Consulente:** Benedita Souza da Silva Sampaio

**Advogado:** Irapuã Santana do Nascimento da Silva – OAB/SP 341538

**VOTO**

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Senhor Presidente, o julgamento da presente consulta teve início na sessão administrativa do dia 30.6.2020, oportunidade em que V.Exa. respondeu afirmativamente ao primeiro, terceiro e quarto questionamentos, e negativamente ao segundo.

O entendimento inicial de V.Exa foi acompanhado, na íntegra, pelo Ministro Edson Fachin e, na sequência, o Ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos.

Na sessão administrativa do dia 20.8.2020 o Ministro Alexandre de Moraes acompanhou V.Exa na resposta aos quesitos, mas acrescentou que “os percentuais mínimos de distribuição de recursos públicos do Fundo Partidário e do FEFC e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres e homens negros serão calculados na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações nas eleições de 2016”.

Após, solicitei vista dos autos para melhor exame da matéria. Nessa oportunidade trago a minha compreensão sobre o tema.

Início por reafirmar que não tenho dúvidas de que o Brasil é um país preconceituoso. E esse preconceito, além da questão racial, perpassa pelas questões de gênero e da condição sexual.

A questão do negro no Brasil é aflitiva. Há, de fato, um racismo estrutural, que exige do Estado a adoção de políticas públicas afirmativas que compensem, por meio de tratamento diferenciado, as desvantagens surgidas historicamente das condições degradantes a que foram submetidos os negros.

Os números apontados pelo relator refletem um passado de omissão sistêmica e comprovam a situação deplorável a que a população negra está submetida no Brasil no âmbito da educação, da segurança pública, do emprego, da renda, do sistema prisional, da saúde e também no âmbito político-eleitoral.

No caso em exame, a consulente constrói a argumentação de que o modelo interpretativo do STF, na ADI nº 5.617/DF, e desta Corte, na Cta nº 0600252-18/DF, poderia ser adotado também em benefício da população negra, a fim de incentivá-la a participar das decisões políticas do país.

Tenho a compreensão que há espaço para essa empreitada afirmativa, conferindo interpretação à legislação eleitoral vigente de forma a efetivar o princípio da igualdade em todas as suas dimensões e a evitar a chamada “discriminação indireta”.

O princípio da igualdade deve ser analisado à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, de forma a buscar a concretização dos valores preconizados pela Constituição Federal, sem que isso configure ativismo judicial desmedido.

Aliás, o art. 4º, IV, da Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial) justifica a atuação do Poder Judiciário no sentido de promover “[...] ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais”.

Longe de esgotar a problemática, e sem inovar no ordenamento jurídico, entendo que este Tribunal, ao atribuir interpretação constitucional à norma vigente, conforme pontuado pelo Ministro Edson Fachin, contribui, de forma efetiva, para a igualdade de condições de acesso da população negra ao centro do debate político.

Dessa forma, confere-se efetividade ao art. 2º do Estatuto da Igualdade Racial, que preconiza:

Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas, empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais. (grifos acrescidos)

Negar à população negra iguais condições de acesso aos recursos do Fundo Partidário e ao direito de antena é inviabilizar a democracia participativa plural em sua plenitude.

A sub-representatividade<sup>1</sup> de pretos e pardos no Congresso Nacional não é justificável e contribui para o agravamento da discriminação racial, não podendo o Poder Judiciário compactuar com a perpetuação dessa condição. Nas palavras de Dworkin, “[...] a segregação não pode ser preservada [...]”<sup>2</sup>.

Destaco a natureza pública dos recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, de modo que a repartição desses fundos, ainda que dentro da autonomia partidária, não pode ensejar mecanismos de perpetuação da discriminação.

Ao contrário, sua destinação deve convergir para o fortalecimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial a promoção do bem de todos, sem preconceitos de cor e raça, conforme previsto no art. 3º, IV, da CF.

A ação afirmativa de gênero instituída pelo art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/1997, com a interpretação conferida pelo STF, na ADI nº 5.617/DF, e pelo TSE, na Cta nº 0600252-18/DF, possibilitou o incremento da participação

---

<sup>1</sup> De acordo com pesquisa publicada no Jornal Folha de São Paulo, os negros representam 55,8% da população brasileira, mas ocupam apenas 24,4% das cadeiras da Câmara Federal. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/pesquisas-economicas-avancam-e-apontam-como-racismo-perpetua-fosso-social.shtml>>. Acesso em 19 jul. 2020.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 459.

feminina no cenário político eleitoral, embora ainda permaneça a sub-representação.

No entanto, por vias reflexas, essa norma gerou um subfinanciamento das candidaturas negras. Por exemplo, o estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) – Direito – São Paulo mencionado pelo relator demonstra que os homens negros (16,6%) receberam menos recursos que as mulheres brancas (18,1%).

Nas palavras do relator, o referido estudo concluiu que, para as Eleições 2018, o aspecto “raça” foi preponderante ao gênero no acesso aos recursos públicos.

Assim, uma norma pretensamente neutra e que visava a diminuir a desigualdade entre gêneros potencializou a discriminação racial, devendo ser afastado o efeito indesejado por ela gerado.

Para tanto, aplica-se a Teoria do Impacto Desproporcional (*Disparate Impact*), que teve origem nos Estados Unidos da América, no caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). Naquele julgamento, a Suprema Corte americana entendeu que uma norma pretensamente neutra, que exigia teste de conhecimento para a contratação de funcionários, acabou, na prática, gerando discriminação racial.

De acordo com o doutrinador Ministro Joaquim Barbosa:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.

(GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001)<sup>3</sup>

---

3

Disponível

em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesauro.asp?txtPesquisaLivre=TEORIA%20DO%20IMPACTO%20DESPROPORCIONAL>>. Acesso em 16 jul. 2020.

Embora de origem no *common law*, sua aplicação, no direito brasileiro, não suscita dúvidas, já tendo o STF a aplicado em, pelo menos, duas oportunidades.

No julgamento da ADI nº 1.946/DF, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 14 da EC nº 20/1998, por entender que o referido dispositivo, ao limitar o salário-maternidade ao teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, estimulava a opção pelos trabalhadores masculinos e criava uma discriminação indireta às mulheres.

Naquela oportunidade, o ministro Nelson Jobim afirmou que a citada teoria reclama que “não podem ser mantidos os atos que induzem às práticas discriminatórias”.

Mais recentemente, no julgamento da ADPF nº 291/DF, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, o STF declarou não recepcionadas, pela CF, as expressões “pederastia ou outro”, mencionada na referência enunciativa do art. 235 do Código Penal Militar, e “homossexual ou não”, contida nesse mesmo dispositivo.

Entendeu a Suprema Corte que a norma questionada era uma hipótese típica de discriminação indireta que gerava “[...] um impacto desproporcional sobre homossexuais, o que é incompatível com o princípio da igualdade”.

Reafirmo minha compreensão, portanto, de que, para mitigar os efeitos indesejados que a cota por gênero produziu na população negra, é necessário conferir interpretação no sentido estabelecido pelo relator, com a destinação de recursos públicos do Fundo Partidário e com o direito de antena, na exata proporção, para as candidaturas negras.

Assim, respondo afirmativamente aos questionamentos I, III e IV formulados pela consulente, nos termos do voto do relator.

Relativamente à reserva de vagas para candidaturas de negros e pardos (questionamento II da consulta), entendo que seu estabelecimento implica a criação de nova política de cotas, o que requer a atuação primária do Poder Legislativo.

Nesse ponto, verifico a existência de omissão legislativa na elaboração de políticas afirmativas à população negra, em especial no âmbito eleitoral. A título de exemplificação, tramita, na Câmara dos Deputados, o PL nº 8.350/2017, que prevê “[...] destinação de recursos do Fundo Partidário para a promoção da participação política de afrodescendentes” e que está pronto para ser pautado no Plenário daquela Casa, mas que se encontra paralisado desde 25.9.2017<sup>4</sup>.

Não nego que o Poder Judiciário pode e deve atuar em caso de omissão legislativa, sobretudo na defesa de populações vulneráveis, mas as técnicas de controle para tanto são o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ambas de competência da Suprema Corte Federal.

Não cabe, portanto, a esta Corte, por meio de consulta, suprir omissão legislativa e inaugurar ação afirmativa em relação à reserva de cotas à população negra na disputa eleitoral, razão pela qual respondo negativamente ao segundo questionamento.

De toda forma, a matéria reclama, sem sombra de dúvidas, a providência adotada na Cta nº 0603816-39/DF, no sentido de se oficialiar ao Congresso Nacional para que se debruce sobre o tema das cotas raciais na política, com a recomendação de que inclua em pauta o PL nº 8.350/2017.

Não obstante a resposta afirmativa parcial aos questionamentos I, III e IV formulados pela consulente, tenho a compreensão de que a aplicação das teses ora assentadas encontra limitação temporal no princípio da segurança jurídica.

Não tenho dúvidas de que a presente consulta representa um marco histórico e um avanço na efetivação da democracia participativa plural com reflexos significativos na estrutura política nacional.

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2148739>>. Acesso em 16 jul. 2020.

Há, indubitavelmente, uma inovação no campo normativo jurisprudencial que reclama a aplicação do princípio da anualidade, insculpido no art. 16 da CF.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 3658 que tratava da verticalização das coligações partidárias assentou que “[...] o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e ‘a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral’ [...]”<sup>5</sup>.

Reforço que esse postulado também é aplicável às alterações interpretativas promovidas pelo TSE, sobretudo em virtude do caráter normativo que emana das decisões desta Corte, tal como na presente consulta. Nesse sentido, destaco trecho da ementa do julgamento do RE nº 637.485/RJ, sob o regime de repercussão geral:

[...]

II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal fixou a interpretação desse artigo 16, entendendo-o como

<sup>5</sup> ADI 3685, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/2006, DJ 10-08-2006 PP-00019 EMENT VOL-02241-02 PP-00193 RTJ VOL-00199-03 PP-00957

uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.

[...]

IV. EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Recurso extraordinário provido para: (1) resolver o caso concreto no sentido de que a decisão do TSE no RESPE 41.980-06, apesar de ter entendido corretamente que é inelegível para o cargo de Prefeito o cidadão que exerceu por dois mandatos consecutivos cargo de mesma natureza em Município diverso, não pode incidir sobre o diploma regularmente concedido ao recorrente, vencedor das eleições de 2008 para Prefeito do Município de Valença-RJ; (2) deixar assentados, sob o regime da repercussão geral, os seguintes entendimentos: (2.1) o art. 14, § 5º, da Constituição, deve ser interpretado no sentido de que a proibição da segunda reeleição é absoluta e torna inelegível para determinado cargo de Chefe do Poder Executivo o cidadão que já exerceu dois mandatos consecutivos (reeleito uma única vez) em cargo da mesma natureza, ainda que em ente da federação diverso; (2.2) as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior. (RE 637485, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013 RTJ VOL-00227-01 PP-00675 – grifos acrescentados)

No âmbito desta Justiça Especializada rememoro que a Res.-TSE nº 23.472/2016 determina a observância do postulado previsto no art. 16 CF quanto às decisões emanadas desta Corte:

Art. 5º A modificação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e as alterações de que tratam o inciso V do art. 2º desta Resolução entrarão em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência ([CF, art. 16](#)).

Destaco que o processo eleitoral relativo ao pleito de 2020 já teve início, inclusive com realização das filiações partidárias, de modo que as estratégias e logísticas dos partidos políticos já foram montadas e as regras para repartição dos recursos oriundos do FEFC e fundo partidário já foram definidas ou estão na iminência de ser.

Nos termos do art. 6º da Res.-TSE nº 23.605/2019 os recursos do FEFC ficarão à disposição do partido político somente após a definição dos critérios para a sua distribuição, os quais devem ser comunicados ao TSE.

Dados desta própria Corte<sup>6</sup> indicam que um terço do partido político já cumpriu o citado dispositivo e encontram-se aptos a receber recursos do FEFC e, de certo, não levaram em consideração na definição dos critérios a distribuição entre negros.

Nesse contexto, alterar as regras relativas à distribuição de recursos do FEFC e Fundo Partidário, a uma semana do início das convenções partidárias, enseja um efeito surpresa e severa instabilidade. Em alusão a uma partida de futebol, mudar as “regras do jogo” após o “apito inicial”, implica em ofensa à segurança jurídica.

Para que se garanta a normalidade e legitimidade do pleito é indispensável a previsibilidade e confiança quanto às normas a serem aplicadas. Assim, **proponho que o entendimento firmado na presente consulta somente poderá ser imposto aos partidos políticos a partir das eleições 2022, em conformidade com o art. 16 da CF.**

Por outro lado, há uma outra condição que considero essencial para tornar efetiva e, sobretudo exata a proteção aos pretos e pardos, que é a elaboração de uma resolução específica sobre a temática. Explico.

A par da preocupação externada pelo Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de haver a possibilidade de diminuição considerável do número de candidaturas de negros, me inquietam outras questões de ordem prática advindas da reposta afirmativa parcial à consulta.

---

<sup>6</sup> Disponível em:<<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Agosto/eleicoes-2020-um-terco-dos-partidos-ja-estao-aptos-a-receber-recursos-do-fundo-eleitoral>> Acesso em 20 ago.2020.

São pontos que se não receberem contornos precisos, podem gerar um efeito secundário não desejado por essa Corte, que por sua vez, levarão a um incremento da discriminação racial na política, além de uma significativa e irreparável insegurança no processo eleitoral.

Sem pretensão de esgotá-las, destaco as seguintes questões a merecerem respostas: (a) pertencimento étnico-racial: auto declaração e impugnação; (b) consequências da inobservância do percentual pelos partidos políticos; (c) eventual doação dos recursos recebidos entre negros e brancos; e d) qual deve ser a atuação do magistrado de primeira instância nos 5.570 municípios ao identificar que determinado partido não observou o percentual de candidatos negros<sup>7</sup>.

No Direito Eleitoral, as respostas a esses questionamentos precisam ser dadas imediatamente, pois envolvem recursos financeiros e direito de antena relativos ao pleito. Não há como reparar o candidato prejudicado passada a eleição, daí a necessidade de critérios objetivos e de fácil compreensão.

Ao meu sentir, portanto, o instrumento adequado para sanar essas dúvidas e efetivar a participação de negros na política é a resolução. Conquanto não exista norma específica a respeito do assunto, penso que o Tribunal poderia, como já fez em outras ocasiões, v.g. a Res.TSE 22.610, regulamentar a matéria a fim de dar estabilidade ao processo eleitoral e tornar efetiva a proteção aos pretos e pardos.

Somente com a edição prévia de uma resolução, cuja elaboração deverá ser precedida de realização de audiência pública, nos termos do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e art. 3º, IV, da Res.-TSE nº 23.472/2016, como forma de fomentar o debate e a participação da sociedade como instrumento da democracia participativa, é que se alcançará a necessária segurança jurídica.

---

<sup>7</sup> No caso de inobservância ao percentual de gênero, nos termos do art. 17, § 6º, da Res.-TSE nº 23.609/2019 – que regulamenta a escolha e o registro de candidatos para as eleições deste ano – há a previsão expressa que o DRAP será indeferido e, via de consequência, todas as candidaturas restarão indeferidas. Para tanto, basta que o juiz tenha intimado o partido interessado para fazer eventual correção. No caso de desobediência ao percentual de negros e pardos, haverá a mesma consequência? O juiz deve intimar a agremiação?

Quanto ao acréscimo proposto pelo Ministro Alexandre de Moraes entendo que também deve ser sopesado durante a elaboração da proposta de resolução, por impor um percentual mínimo distinto para cada partido, a partir de um recorte das eleições de 2016, que desigualava a grei na missão de promover a inclusão de negros na disputa eleitoral.

A título exemplificativo, de acordo com dados extraídos do portal do TSE, entre os candidatos do PCB, 67% eram pretos e pardos, ao passo que o Partido Novo tinha apenas 10% de candidaturas negras. Na esteira da proposição do Ministro Alexandre de Moraes, em minha compreensão, isso significa que o PCB obrigatoriamente terá que destinar 67% dos recursos do FEFC e Fundo Partidário às candidaturas negras, enquanto que o Partido Novo somente precisaria destinar 10%, o que representa a imposição de uma cota mínima, distinta e desproporcional a cada agremiação e que pode gerar um desequilíbrio na disputa eleitoral.

Assim, a edição de uma resolução sobre o tema possibilitará a operacionalização da distribuição dos recursos do FEFC e do Fundo Partidário e do direito de arena às candidaturas negras, com critérios objetivos que evite burla aos termos fixados na presente consulta.

Com essas considerações, quanto aos questionamentos postos pela Consulente, **acompanho o relator, mas condiciono sua aplicabilidade a partir do pleito de 2022 e mediante a edição de resolução por esta Corte.**

É como voto.