ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 8 · Número 3
Setembro/Dezembro 2013

Tribunal Superior Eleitoral

ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 8, Número 3
Setembro/Dezembro 2013

© 2013 Tribunal Superior Eleitoral

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores.

Secretaria de Gestão da Informação
Setor de Administração Federal Sul (SAFS), Quadra 7, Lotes 1/2, 1° andar
70070-600 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3030-9225

Coordenação: Ministra Rosa Weber – Diretora da EJE
Capa e projeto gráfico: Virgínia Soares
Editoração: Seção de Editoração e Programação Visual (Seprov/Cedip/SGI)
Revisão editorial: Seção de Preparação e Revisão de Originais (Seprov/Cedip/SGI)
Revisão: Anna Cristina de Araújo Rodrigues
Normalização técnica: Anna Cristina de Araújo Rodrigues

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Tribunal Superior Eleitoral – Biblioteca Alysson Darowish Mitraud)

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. - Vol. 1, n. 1 (1997) - . - Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 1997- .
v. ; 24 cm.
Quadrimestral.
Suspensa de maio de 1998 a dez. 2005, e de set. 2006 a dez. 2007.

ISSN 1414-5146
I. Tribunal Superior Eleitoral.

CDD 341.2805

Tribunal Superior Eleitoral

Presidente
Ministra Cármen Lúcia

Vice-Presidente
Ministro Marco Aurélio

Ministros
Ministro Dias Toffoli
Ministro João Otávio de Noronha
Ministra Laurita Vaz
Ministro Henrique Neves
Ministra Luciana Lóssio

Procurador-Geral Eleitoral
Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Coordenação da Revista Estudos Eleitorais
Ministra Rosa Weber

Conselho Científico
Ministro Ricardo Lewandowski
Ministra Nancy Andrighi
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Marcelo Ribeiro
Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Ramos Tavares
Antonio Carlos Marcato
Clèmerson Merlin Clève
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
José Jairo Gomes
Luís Virgílio Afonso da Silva
Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos
Marco Antônio Marques da Silva
Paulo Bonavides
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Hamilton Siqueira Junior
Walber de Moura Agra
Walter de Almeida Guilherme

Composição da EJE
Diretora
Ministra Rosa Weber

Assessora-chefe
Damiana Torres

Servidores
Ana Karina de Souza Castro
Quéren Marques de Freitas da Silva
Renata Livia Arruda de Bessa Dias
Rodrigo Moreira da Silva
Roselha Gondim dos Santos Pardo

Colaboradores
Anna Cristina de Araújo Rodrigues
Keylla Cristina de Oliveira Ferreira
Rosângela Israel de Sousa Martins

SUMÁRIO

Apresentação 7

Substituição de candidatos às vésperas do pleito: direito ou abuso de direito?
CAIO CÉZAR WILL NERI DIAS 9

O artigo 30-A, § 2°, da Lei n° 9.504/97: uma análise à luz da proporcionalidade
GUILHERME RODRIGUES CARVALHO BARCELOS 23

Potencialidade lesiva nas ações eleitorais
HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO 40

Dos crimes eleitorais contra a liberdade do voto: necessidade de majoração das penas privativas de liberdade
LUCIANO ZAMBROTA 57

Infidelidade partidária e a disponibilidade dos mandatos eleitorais
VINÍCIUS QUINTINO DE OLIVEIRA 74

Revisitações teóricas ao recurso contra expedição de diploma
WALBER DE MOURA AGRA 94

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) apresenta ao leitor o terceiro número da revista *Estudos Eleitorais* de 2013, composto de seis artigos.

No primeiro artigo, *Substituição de candidatos às vésperas do pleito: direito ou abuso de direito?*, o autor Caio Cézar Will Neri Dias parte da afirmação de que a substituição de candidatos aos cargos majoritários às vésperas do pleito tem sido oportunidade de abuso de Direito Eleitoral. Segundo Dias, a substituição de candidatos deve observar limites traçados pelo princípio da boa-fé objetiva e pelo respeito à efetivação da democracia substancial de modo a impedir o abuso no exercício do direito de substituição de candidatos.

Em *O artigo 30-A, § 2°, da Lei n° 9.504/97: uma análise à luz da proporcionalidade*, Guilherme Rodrigues Carvalho Barcelos aborda a representação eleitoral lastreada no art. 30-A da Lei n° 9.504/1997 sob diversos aspectos, tais como o cabimento, o objeto jurídico tutelado, a legitimidade ativa e passiva, o rito processual, a relação junto à prestação de contas de campanha eleitoral e os efeitos da procedência, dando ênfase à sanção inserta no § 2° do dispositivo legal em liça.

Helio Deivid Amorim Maldonado, autor do terceiro artigo, *Potencialidade lesiva nas ações eleitorais*, faz um estudo acerca da alteração legislativa feita pela Lei Complementar nº 135/2010, que incluiu o inciso XVI no corpo do art. 22 da Lei de Inelegibilidades. Seu trabalho tem por objetivo indicar a permanência da exigência da potencialidade lesiva do abuso de poder tisnar a legitimidade e normalidade do pleito como pedra de

toque na harmonização entre os princípios constitucionais elencados no art. 1º, parágrafo único, e no art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

No quarto artigo, *Dos crimes eleitorais contra a liberdade do voto: necessidade de majoração das penas privativas de liberdade*, Luciano Zambrota analisa a quantidade das penas privativas de liberdade definidas para os crimes de que tratam os arts. 299, 300, 301 e 302 do Código Eleitoral brasileiro, com o objetivo de demonstrar que não são suficientes para a reprovação penal e prevenção social dessas condutas atentatórias à liberdade do voto.

No quinto artigo, *Infidelidade partidária e a disponibilidade dos mandatos eleitorais*, Vinícius Quintino de Oliveira trata do problema da insegurança jurídica existente nos procedimentos que circundam o tema da infidelidade partidária. O autor pretende demonstrar como os partidos políticos e candidatos têm se adaptado à lacunosa legislação vigente e à constante alteração jurisprudencial. Para Oliveira, somente uma definição legislativa plena será capaz de garantir o mínimo de segurança jurídica quando o tema envolver a fidelidade partidária e a perda de mandato eletivo.

No último artigo, *Revisitações teóricas ao recurso contra expedição de diploma*, Walber de Moura Agra discute a natureza do RCED, sugere que essa terminologia seja alterada e que o instituto seja concebido como ação. Para o autor, a pluralidade de ritos processuais (RCED, AIJE e AIME) obscurece os caminhos eleitoralistas e força contradições.

A Escola Judiciária Eleitoral, com mais um número da revista *Estudos Eleitorais*, reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais, sobretudo no que tange à abordagem histórica, teórica e prática de temas como cidadania e democracia, e incentiva novas colaborações nessa relevante área do saber humano.

SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATOS ÀS VÉSPERAS DO PLEITO: DIREITO OU ABUSO DE DIREITO?[1]

REPLACEMENT OF CANDIDATES THE EVE OF THE ELECTION: RIGHT OR ABUSE OF RIGHTS?

CAIO CÉZAR WILL NERI DIAS[2]

Resumo

A possibilidade de substituição de candidatos aos cargos majoritários às vésperas do pleito, em diversas ocasiões, tem sido oportunidade de utilização indevida da posição jurídica, mais precisamente, abuso de Direito Eleitoral. O direito à substituição de candidatos deve observar limites traçados pelo princípio da boa-fé objetiva e com respeito à efetivação da democracia substancial. Todavia, a legislação eleitoral, se interpretada em sua literalidade, dá espaço a entendimentos distorcidos de tal direito. Surge daí a necessidade de uma releitura da questão sob um prisma principiológico até que a legislação eleitoral seja adaptada de modo a impedir o abuso no exercício do direito de substituição de candidatos.

[1] Artigo recebido em 29 de agosto de 2013 e aceito para publicação em 13 de setembro de 2013.

[2] Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Assessor Jurídico Nível II da Procuradoria Regional Eleitoral no Espírito Santo.

Palavras-chave: Substituição de candidatos. Abuso de direito. Democracia. Boa-fé.

Abstract

The possibility of replacement candidates for the positions majority on the eve of the election, on several occasions has been the scene of misuse of the legal position, more precisely, abuse of electoral law. The right to replace candidates must observe limits set by the principle of objective good faith and with respect to the realization of democracy substantial. However, the electoral law, if interpreted in its literal, gives space to distorted understandings of such right. There arises the need for a rereading of the question under a prism until the electoral legislation is adapted to prevent abuse in the exercise of the right of replacement candidates.

Keywords: Replacement candidates. Abuse of rights. Democracy. Good faith.

1. Introdução

A legislação eleitoral garante que, antes do dia marcado para o acontecimento do pleito, tanto o candidato quanto aquele cujo pedido de registro de candidatura ainda esteja aguardando decisão podem ser substituídos. Os fundamentos a serem invocados para que se efetue a substituição são diversos: o indeferimento do pedido de registro em momento ulterior ao registro de candidatura; a cassação do registro ora outorgado; o cancelamento do registro em decorrência de expulsão partidária; falecimento do candidato; ou, ainda, a renúncia à candidatura.

Conforme adverte o eleitoralista José Jairo Gomes[3], cada uma dessas hipóteses exige a presença de requisitos próprios, de modo que, nos dois primeiros casos, faz-se imprescindível a existência de decisão final nos respectivos processos.

[3] GOMES, 2011.

O legislador pátrio alterou o art. 13 da Lei das Eleições com o fim de regulamentar de maneira mais precisa a contagem do prazo de dez dias para o requerimento de substituição, sendo que o referido lapso temporal passou a ser contado da *notificação do partido da decisão que deu origem à substituição*. Contudo, a Lei nº 12.034/2009, que introduziu a citada alteração, não determinou prazo-limite para a substituição de candidatos aos cargos majoritários.

Aproveitando-se de tal lacuna formal[4] na lei eleitoralista, por diversas vezes, candidatos sabidamente inelegíveis aproveitam-se de seu cacife eleitoral e da proximidade com o eleitorado para resguardar até as vésperas do pleito uma candidatura insustentável, ocultando uma outra, de natureza meramente subsidiária, vulgarmente chamada de "laranja".

O objetivo do presente trabalho é verificar se o direito à substituição de candidatos nas eleições majoritárias é absoluto ou se há abuso do exercício de direito subjetivo. A importância do estudo não está apenas na análise de um ou outro caso concreto. Trata-se de necessidade de posicionamento da Justiça Eleitoral, inclusive para as próximas eleições, em relação à correta aplicação do art. 13 da Lei das Eleições e, até mesmo, a exigência de alteração legislativa para elucidar tal questão.

2. A possibilidade de fraude na substituição às vésperas do pleito

Tem sido comum que o Ministério Público Eleitoral se posicione pela configuração da fraude quando a substituição de candidatos às vésperas do pleito se dá de forma manifestamente premeditada, com o escopo de ludibriar o eleitorado, fazendo-o acreditar que está votando num candidato, quando, na verdade, vota em outro, ainda que pertencente ao mesmo grupo político.

[4] Interessante salientar que a lacuna existente não é a material, mas a formal. Isso porque a lacuna formal refere-se à lacuna na própria lei, enquanto a material, a seu turno, é a lacuna no Direito. E o Direito Eleitoral, nesse aspecto, não é lacônico. Basta interpretação sistemática para verificar se o direito de substituição de candidatos é absoluto ou não, se há lapso temporal final para efetivação da substituição ou não, conforme será demonstrado.

O questionamento que muitas vezes levanta-se é o do motivo por que se busca assegurar uma candidatura a todo custo, muitas vezes manifestamente inconcebível, mas que, às vésperas do pleito, desfaça-se dela, substituindo aquele que a todo tempo se posicionou como candidato por outro, não raramente, desconhecido. A resposta aos questionamentos formulados também só pode ser uma: o objetivo da renúncia às vésperas do pleito, com sua consequente substituição, há de ser a manutenção de um grupo político no poder.

Uma das causas que, muitas vezes, levam o candidato que já tem intenção de renunciar a deixar o ato para o último momento possível é que chegaria uma ocasião em que não haveria mais a possibilidade de se modificar o nome e a foto que constarão nas urnas eletrônicas. Por isso, há, não raras vezes, a insistência na candidatura e a formalização do pedido de renúncia às vésperas do pleito. Trata-se de uma ação que serve para ludibriar o eleitorado.

Some-se a isso que, pelo fato de a substituição ocorrer às vésperas do dia do pleito, não é mais possível fazer a devida divulgação da mudança à população local. Impede-se, dessa maneira, que o eleitor tenha conhecimento da situação de maneira adequada e com a devida antecedência.

Assim, torna-se praticamente impossível que os eleitores tomem conhecimento da situação, já que, apesar de candidatos distintos, o substituto conserva toda a publicidade do substituído, incluindo seu nome político e o número da legenda, sem esquecer que a foto que constará nas urnas será a do antigo candidato.

3. Comportamento contraditório: vedação ao *tu quoque*

O comportamento daquele candidato que busca assegurar a todo custo sua candidatura, mas que, surpreendentemente, no apagar das luzes do pleito, a ela renuncia amolda-se perfeitamente à regra do *tu*

quoque, desdobramento da Teoria dos Atos Próprios. A própria origem histórica da terminologia usada para identificar esse instituto remete diretamente à ideia de traição, de quebra da confiança depositada. É muito conhecida a frase *tu quoque, Brutus, tu quoque, fili mili?*, indagação que se atribui a Júlio César ao tomar conhecimento de que até Marco Júnio Bruto, a quem considerava como seu legítimo filho, havia conspirado para seu assassinato (44 a.C.).

De modo amplo, em termos jurídicos, o *tu quoque* é caracterizado por mudança de valoração relacionada a determinada situação concreta, isto é, deparando-se com situações substancialmente equiparáveis, o mesmo sujeito adota dois critérios valorativos notadamente diversos, ou como se refere Azevedo (2004, p. 167), há a "utilização de dois pesos e duas moedas".

Tal regra coloca no debate um vetor axiológico intuitivo que pode ser traduzido pelo brocardo *turpitudinem suam allegans non auditur*[5]. Sua aplicação, desde que de forma cautelosa, harmoniza-se com os valores éticos e jurídicos.

4. Os limites traçados pela boa-fé objetiva

A lei eleitoral traz hipóteses em que a agremiação partidária tem o direito de substituir o candidato. Todavia, não há previsão legal quanto ao prazo final para que se efetive a substituição.

Conforme adverte Ramayana (2011), a nova Lei nº 12.034/2009 não dispôs sobre o prazo-limite de substituição do candidato majoritário, por isso a substituição pode se dar até as vésperas da eleição ou, inclusive, no próprio dia.

Todavia, seria correta a aplicação do referido dispositivo que permite a eficácia de manobras para substituição de candidatos às vésperas do

[5] Trata-se da máxima do Direito Civil que pode ser traduzida como "ninguém pode invocar em seu favor sua própria torpeza". Este é um brocardo envolvido por intensa carga ética, harmonizando-se com o padrão de conduta traçado pela cláusula geral da boa-fé objetiva.

pleito? Haveria harmonia com o art. 219 do Código Eleitoral, que dispõe que, na aplicação da Lei Eleitoral, o julgador atenderá sempre os fins e resultados a que ela se dirige? Ademais, seria o direito de substituição de candidatos absoluto?

Certamente, não. Deve haver respeito aos limites objetivos traçados pelo princípio geral da boa-fé, sob pena de incorrer em abuso de direito. Nesse sentido, Cândido (2010) considera que a inovação legislativa da Lei nº 12.034/2009, nesse aspecto, é inócua, nada acrescenta.

No ordenamento brasileiro, tamanha é a expressão da cláusula geral da boa-fé objetiva, que ela foi elevada a princípio na Constituição da República de 1988, como se depreende, por decorrência do princípio da solidariedade, insculpido entre os objetivos da República Federativa do Brasil, no art. 3º, inciso I.

A boa-fé objetiva também tem por fundamento constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana, matriz imperativa de todo o nosso ordenamento jurídico que ganhou extrema relevância no cenário jurídico do fim do século XX.

Com fundamento no Código Civil, a doutrina brasileira classificou em três as funções exercidas pela boa-fé objetiva em nosso direito, a saber: enquanto critério hermenêutico para os negócios jurídicos (art. 113); como manifestação mais autêntica, atuando como criadora de normas (art. 422); e, função limitativa ao exercício de direitos subjetivos, interligando a boa-fé objetiva ao abuso de direito, trata-se da função limitativa ao exercício de direitos subjetivos (art. 187).[6]

5. O abuso de Direito Eleitoral

Não se mostra mais razoável o individualismo exacerbado, predominante durante todo o século XIX, quando não se aceitava que houvesse limitações ao exercício de qualquer direito que não estivessem claras e

[6] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

expressas no texto legal. Trata-se de abusos de direito a valoração e o exercício contraditórios das prerrogativas diante de mesma situação no sentido único de obter satisfação do interesse jurídico pessoal.

Já está sedimentado que a boa-fé objetiva apresenta-se em nosso ordenamento jurídico como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria o homem médio que fosse honesto, probo, coerente e leal.

Destarte, a boa-fé objetiva prescinde de conduta individual ou coletiva, judicial ou não, que seja examinada no conjunto concreto da casuística. Exige, ainda, que toda a função interpretativa das leis e dos contratos não seja feita *in abstrato*, mas sim *in concreto*. Isto é, em decorrência de sua função social.[7]

Por isso se mostra desarrazoada e abusiva a interpretação da Lei Eleitoral que coloca o interesse social refém do individual de um grupo político que busca lacunas no texto legal para assegurar manobras com o objetivo de ludibriar o eleitorado.

Clássico exemplo de vedação ao abuso de direito expresso na legislação eleitoral encontra-se na previsão de inelegibilidade da alínea *k* da Lei das Inelegibilidades, inserida pela Lei da Ficha Limpa, *in verbis*:

> Art. 1º São inelegíveis:
>
> I – para qualquer cargo:
>
> [...]
>
> k) o presidente da República, o governador de estado e do Distrito Federal, o prefeito, os membros do Congresso Nacional, das assembleias legislativas, da Câmara Legislativa, das câmaras municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período

[7] REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

> remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

O dispositivo transcrito acima em momento algum deixa de reconhecer o direito de renúncia ao mandato eletivo. Todavia, produzido conforme as diretrizes traçadas pela cláusula geral da boa-fé objetiva, condiciona o exercício de tal direito, evitando seu exercício abusivo.

Ao julgar as ações declaratórias de constitucionalidade nº 29 e nº 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578, o ministro Luiz Fux assim destacou:

> A instituição de hipótese de inelegibilidade para os casos de renúncia do mandatário que se encontre em vias de, mediante processo próprio, perder seu mandato é absolutamente consentânea com a integridade e a sistematicidade da ordem jurídica. *In casu*, a renúncia configura típica hipótese de abuso de direito, lapidarmente descrito no art. 187 do Código Civil como o exercício do direito que, manifestamente, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Longe de se pretender restringir a interpretação constitucional a uma leitura civilista do Direito, é certo atentar para o fato de que, assim como no âmbito do Direito Civil, é salutar – e necessário – que no Direito Eleitoral também se institua norma que impeça o abuso de direito, que no ordenamento jurídico pátrio decerto não avaliza. Não se há de fornecer guarida ao mandatário que, em indisfarçável má-fé, renuncia ao cargo com fito de preservar sua elegibilidade futura, subtraindo-se ao escrutínio da legitimidade do exercício de suas funções que é próprio da democracia.

Saliente-se que o próprio art. 13, § 1º, da Lei das Eleições, ao impor o lapso de dez dias do fato ou da notificação do partido da decisão judicial que enseje a substituição, traça parâmetro limitativo ao exercício do direito de substituição. Ademais, a substituição realizada às vésperas da eleição afronta diversos direitos do eleitor, como o direito de informação acerca dos candidatos que estão na disputa. O candidato que disputa o cargo eletivo nas condições aqui demonstradas não realiza campanha, não expõe suas plataformas, não é colocado à prova pelo eleitor, nem é confrontado por candidatos adversários. Foge do debate, da crítica política, da exposição de ideias e propostas, o que vai de encontro aos

objetivos que se buscam no período que os candidatos podem utilizar para promover suas candidaturas. Há evidente confronto com o que dispõe o art. 14 da Constituição da República, que busca resguardar a legitimidade do pleito.

Resta evidente também o descompasso com o art. 1º, parágrafo único, do texto constitucional, que destaca a soberania popular como princípio do ordenamento jurídico brasileiro.

> Art. 1º
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A regra, que é repetida no Código Eleitoral, não pode ser interpretada meramente como o exercício do poder pelo voto (ou diretamente). Não basta o direito universal ao sufrágio, quando o voto depositado nas urnas não representa a escolha livre e firme do cidadão, numa falsa percepção de manifestação do poder que dele deriva.

Conforme aponta Coêlho (2010), a democracia traz consigo um sujeito histórico: o povo. Na substituição às vésperas do pleito, falta legítima participação popular, havendo, pois, eminente ameaça ao regime democrático. A democracia é tão mais legítima e verdadeira na medida em que maior e melhor for a participação popular.

6. Jurisprudência variante

Observa-se a existência de divergência jurisprudencial sobre o tema do presente recurso.

Nas eleições de 2012, no interior do Espírito Santo, um candidato sabidamente inelegível valeu-se de todos os mecanismos legais para manter sua candidatura. Todavia, às vésperas do pleito, decidiu renunciar à sua candidatura e foi substituído por sua sobrinha. Pela proximidade da renúncia com o pleito, seu nome e foto continuaram nas urnas, bem como sua candidatura ainda continuava a existir perante o eleitorado. Porém, quem recebeu os votos, e foi eleita, foi a pessoa que o substituiu.

O Ministério Público Eleitoral interpôs recurso contra expedição de diploma, com fundamento em fraude, todavia, seu recurso teve provimento negado pelo Tribunal Regional Eleitoral. Assim decidiu o TRE/ES:

> EMENTA:
>
> RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATURA AO CARGO MAJORITÁRIO ÀS VÉSPERAS DO PLEITO. FRAUDE E ABUSO DE DIREITO NÃO PROVADOS. AMPLA PUBLICIDADE DO FATO. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1 – A substituição de candidatura não se revelou premeditada e, embora feita a poucos dias das eleições, atendeu às exigências impostas pelo art. 67 da Resolução-TSE nº 23.373/2011, em especial no que toca à publicidade de ato, não havendo, portanto, que se falar em fraude, conforme reiteradamente tem julgado do colendo Tribunal Superior Eleitoral.
>
> 2 – Ação julgada improcedente.
>
> (RCED nº 37503 – ES. Relator: Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. Julgamento em 6.5.2013. Publicação no *DJE* em 15.5.2012)

Já o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, em julgamento de caso idêntico ao acima citado, decidiu da seguinte forma:

> RECURSO ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES DE 2012. CARGO DE PREFEITO. SUBSTITUIÇÃO. SENTENÇA QUE DEFERIU O REGISTRO. ABUSO DO DIREITO. FRAUDE. RECURSO PROVIDO PARA INDEFERIR O REGISTRO.
>
> 1. PRETENDE A RECORRENTE QUE SEJA INDEFERIDO O REGISTRO DE CANDIDATURA DE LUCILENE CABREIRA GARCIA MARSOLA, REQUERIDO EM SUBSTITUIÇÃO AO CANDIDATO RENUNCIANTE MOACYR JOSÉ MARSOLA. 2. MANIFESTOU-SE A DOUTA PROCURADORIA REGIONAL ELEITORAL PELO PROVIMENTO DO RECURSO, SOB O ARGUMENTO DE QUE DEVEM PREVALECER OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE GARANTEM A VONTADE SOBERANA DO ELEITOR DE ESCOLHER LIVRE E CONSCIENTEMENTE SEUS REPRESENTANTES. 3. O ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO É CLARO AO REFERIR-SE À NECESSIDADE DE O INTÉRPRETE TER EM CONTA OS FINS SOCIAIS A QUE A LEI SE DESTINA E AS EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM, SENDO

QUE TAMBÉM O ART. 219 DO CÓDIGO ELEITORAL CONTÉM REGRA NESSA DIREÇÃO E DE FORMA INDUBITÁVEL SÃO TAIS REGRAS INUNDADAS DA PERCEPÇÃO E SENTIDO HUMANO QUE DEVE ORNAR A ESCOLHA DO MAGISTRADO, QUANTO AO CAMINHO QUE DEVE SEGUIR, COMO INTÉRPRETE LEGISLATIVO, COM VISTAS AO IDEAL DE JUSTIÇA QUE LHE CUMPRE DEFENDER. 4. *IN CASU*, NA DATA DE 3.10.2012, FOI REQUERIDO O REGISTRO DE CANDIDATURA DE LUCILENE CABREIRA GARCIA MARSOLA EM SUBSTITUIÇÃO AO REGISTRO DE MOACYR JOSÉ MARSOLA, CÔNJUGE DA CANDIDATA RECORRIDA. O SUBSTITUÍDO NÃO CONSEGUIU O DEFERIMENTO DO REGISTRO DE SUA CANDIDATURA EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DE INELEGIBILIDADE CONTIDA NO ART. 1º, INC. I, ALÍNEA *L*, DA LC Nº 64/1990, COM A REDAÇÃO DA LC Nº 135/2010, EM PRIMEIRO GRAU. INTERPOSTO RECURSO, ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, NEGOU-LHE PROVIMENTO, SOBREVINDO EMBARGOS DECLARATÓRIOS, OS QUAIS FORAM REJEITADOS, TAMBÉM POR VOTAÇÃO UNÂNIME. NÃO SATISFEITO, INTERPÔS RECURSO ESPECIAL, O QUAL, POR DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA PELO MIN. MARCO AURÉLIO, TEVE SEGUIMENTO NEGADO EM RAZÃO DA SUA INTEMPESTIVIDADE. NA SEQUÊNCIA, PROCRASTINANDO AINDA MAIS O TRÂNSITO EM JULGADO, APRESENTOU AGRAVO REGIMENTAL, QUE FOI JULGADO PREJUDICADO DIANTE DA SUA RENÚNCIA. 5. ADMITIR A SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATO À ÚLTIMA HORA OU PRÓXIMO A ELA, ACABA POR ALTERAR A FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA QUE SE IMPÕE QUANTO A TAL CIRCUNSTÂNCIA, INDICANDO COMO DE MELHOR ADEQUAÇÃO O INADMITIR-SE SOLUÇÃO SEGUNDO A REFERIDA NO ART. 67 DA RES. Nº 23.737/2011, DO TSE, COM VISTAS A IMPEDIR-SE TANTO O EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE SER CANDIDATO, QUANTO A AFRONTA AO POSTULADO IGUALITÁRIO, JÁ QUE O SUBSTITUINTE, COMO NA ESPÉCIE EM DECISÃO, ACABA POR SE VALER DO PRESTÍGIO DO SUBSTITUÍDO, SEM QUE O ELEITORADO POSSA SABER EXATAMENTE QUEM AQUELE É E O QUE PODERÁ REALIZAR, SENDO ELEITO. 6. NO CASO SOB COMENTO, É EVIDENTE O ABUSO DO DIREITO PERPETRADO PELAS PARTES ENVOLVIDAS, EM IRREFUTÁVEL AFRONTA AO QUE DISPÕE O ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL. O CANDIDATO SUBSTITUÍDO, SABEDOR DA SUA FLAGRANTE INELEGIBILIDADE PRÉ-EXISTENTE, TENTOU POR TODOS OS MEIOS PROCRASTINAR O ENCERRAMENTO DO PROCESSO QUE INDEFERIU O SEU REGISTRO DE CANDIDATURA PARA, HÁ POUCOS DIAS DO PLEITO, RENUNCIAR E PERMITIR QUE SUA ESPOSA FOSSE ELEITA. PASSOU MAIS DE DOIS MESES,

> MESMO INDEFERIDO EM DUAS INSTÂNCIAS, FAZENDO CAMPANHA, COM AMPLA PUBLICIDADE, PARA, A APENAS QUATRO DIAS DAS ELEIÇÕES, PASSAR O BASTÃO PARA SUA ESPOSA. É PATENTE O DESRESPEITO PELOS ELEITORES E A TENTATIVA DE FRAUDAR AS ELEIÇÕES, CONDUTA QUE DEVE SER COIBIDA PELA JUSTIÇA ELEITORAL. 7. DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO PARA INDEFERIR O PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA DE LUCILENE CABREIRA GARCIA MARSOLA.
>
> (RECURSO nº 60646, Acórdão de 19.12.2012, relator: ANTONIO CARLOS MATHIAS COLTRO, Publicação: *DJE*/SP – *Diário da Justiça Eletrônico do TRE/SP*, Data 28.1.2013)

Nesse contexto, resta demonstrada a existência de divergência jurisprudencial acerca da matéria. O TRE/ES entendeu que a substituição de candidatos pode se dar a qualquer tempo, desde que sejam atendidas as formalidades traçadas pela legislação eleitoral atinente ao tema.

Já o TRE/SP firmou o entendimento de que não basta o preenchimentos dos requisitos formais. É preciso que a substituição se dê em harmonia com os ditames da boa-fé objetiva de modo a não caracterizar abuso de exercício de direito subjetivo.

Todavia, em ambos os casos, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que a substituição de candidatos aos cargos majoritários é válida a qualquer tempo, o que permitiria, inclusive, que acontecesse no próprio dia do pleito.

O que se pôde extrair, em ambos os casos, é que se faz necessária alteração legislativa para estabelecer prazo final para substituição de candidaturas. Tal proposta já foi sinalizada no Senado Federal no mês de agosto de 2013.

Conclusão

Apesar de a Lei Eleitoral permitir a substituição de candidaturas, isso não pode se dar de maneira absoluta. Não se trata de um direito ilimitado. Seus limites são traçados pela cláusula geral da boa-fé objetiva e pela necessidade de efetividade e substancialidade do princípio democrático.

Todavia, os tribunais regionais eleitorais e a Corte Superior Eleitoral, em atenção à literalidade da norma, têm permitido que a substituição se dê a qualquer momento, justamente pela ausência de marco regulatório de um termo-limite.

A solução que se mostra mais eficaz é a realização de reforma na legislação eleitoral que estabeleça limites objetivos à substituição, impedindo, assim, o abuso de Direito Eleitoral e, ao mesmo tempo, substanciando o exercício do sufrágio.

Até lá, cabe ao intérprete fazer uma leitura da norma que permita a substituição à luz dos princípios que norteiam o Direito brasileiro.

Referências

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade do *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contraentes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do "programa contratual" estabelecido. (Parecer). In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 159-172.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral brasileiro*. 14. ed. Bauru, SP: Edipro, 2010.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *Direito Eleitoral e processo eleitoral* – Direito Penal Eleitoral e Direito político. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 12. edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

O ARTIGO 30-A, § 2°, DA LEI N° 9.504/97: UMA ANÁLISE À LUZ DA PROPORCIONALIDADE[1]

THE ARTICLE 30-A, § 2ND, OF THE LAW NR. 9.504/97: AN ANALYSIS REGARDING TO THE PROPORTIONALITY

GUILHERME RODRIGUES CARVALHO BARCELOS[2]

Resumo

O presente artigo aborda a representação eleitoral lastreada no art. 30-A da Lei n° 9.504/1997 sob diversos aspectos, tais como o cabimento, o objeto jurídico tutelado, a legitimidade ativa e passiva, o rito processual, a relação junto à prestação de contas de campanha eleitoral e os efeitos da procedência, dando ênfase à sanção inserta no § 2° do dispositivo legal em liça. A partir do momento em que o tipo normativo prevê, de forma taxativa, a imposição da gravosa sanção de negação

[1] Artigo recebido em 21 de agosto de 2013 e aceito para publicação em 23 de agosto de 2013.

[2] Advogado, pós-graduando em Direito Eleitoral pela Instituição de Ensino Verbo Jurídico de Porto Alegre/RS.

ou cassação de diploma uma vez comprovados arrecadação e/ou gastos ilícitos de recursos eleitorais, objetiva-se, não obstante a clareza do texto legal, debater a questão à luz do postulado constitucional da proporcionalidade.

Palavras-chave: Artigo 30-A. Cassação ou negação de diploma. Proporcionalidade.

Abstract

This article discusses the Electoral Representation backed in Article 30-A, of the Law 9.504/1997 in several respects, such as the pertinence, protected legal object, the active and passive legitimacy, the procedural rite, the relation between the process of election campaign accountability and the provenance effects, emphasizing the sanction inserted in § 2nd of the Legal device in fray. From the moment in which the normative sort provides, firmly, the imposition of the onerous denial sanction or diploma Cassation, in case of proven the electoral resources collection and/or illegal spending, the research aims, despite the legal text clarity, discuss the issue regarding to the proportionality constitutional postulate.

Keywords: Article 30-A. Cassation or diploma denial. Proportionality.

1. Considerações iniciais

O Direito Eleitoral pode ser conceituado como o ramo do direito público que disciplina o processo eleitoral em sentido amplo, desde o alistamento eleitoral, passando pelas convenções partidárias, registros de candidatura, até a diplomação dos eleitos mediante sufrágio universal. É um instrumento que guarda direta ligação com o regime democrático e com os ideais republicanos, estando em constante transformação, tudo com o fim de garantir a legitimidade do prélio eleitoral.

Nessa ótica, introduzida pela Lei n° 11.300/2006, surgiu a representação eleitoral por captação e gastos ilícitos de recursos eleitorais, de

modo a combater, de forma eficaz, violações às diretrizes referentes a arrecadação e dispêndio de recursos de campanha eleitoral, deveras recorrentes no curso da história brasileira.

A representação eleitoral lastreada no art. 30-A da Lei n° 9.504/1997 visa não só assegurar a higidez das normas pertinentes à arrecadação e aos gastos de recursos eleitorais, mas também à própria moralidade e à isonomia no processo eleitoral.

Para tanto, o § 2° do art. 30-A da Lei das Eleições prevê, *comprovados a captação e/ou os gastos ilegais de recursos eleitorais, a imposição da gravosa sanção de negação ou cassação de diploma*, pura e simplesmente.

Não obstante a disposição legal, o objetivo do presente artigo é demonstrar que a extremada sanção inserta na norma não se impõe por si a partir de um silogismo puro. A relevância do tema se justifica pelo fato de estarem em jogo verdadeiros postulados constitucionais, norteadores da atividade jurisdicional e limitadores da ação do Estado, dentre eles o princípio da proporcionalidade, bem como pelo fato de inúmeros casos, rotineiramente, estarem sendo submetidos ao crivo do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), dado o intenso debate presente.

2. Aspectos gerais da representação eleitoral lastreada no art. 30-A

2.1. Cabimento

A representação eleitoral por captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, prevista no art. 30-A da Lei Geral das Eleições, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n° 11.300/2006, intitulada de Minirreforma Eleitoral, tendo sido posteriormente alterada pela Lei n° 12.034/2009. O dispositivo legal em comento prevê o seguinte:

> Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.
>
> § 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, no que couber.
>
> § 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado.
>
> § 3º O prazo de recurso contra decisões proferidas em representações propostas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no *Diário Oficial*.

O objetivo da normativa em debate é sancionar – e de forma pesada – a captação ou o gasto ilícito de recursos durante a campanha eleitoral, fazendo com que as campanhas políticas sejam custeadas de forma transparente, dentro dos parâmetros legais.

São duas as hipóteses de cabimento da presente representação eleitoral, quais sejam, captação ilegal de recursos e gastos ilícitos de recursos com finalidade eleitoral.

Quanto à primeira hipótese, claro é o escólio de Gomes (2012, p. 509):

> O termo captação ilícita remete tanto à fonte quanto à forma de obtenção de recursos. Assim, abrange não só o recebimento de recursos de fontes ilícitas e vedadas (art. 24 da LE), como também sua obtenção de modo lícito, embora aqui a fonte seja legal. Exemplo deste último caso são os recursos obtidos à margem do sistema legal de controle, que compõe o que se tem denominado "caixa dois" de campanha.

A normativa abrange a captação ilícita de recursos de campanha, tanto na origem – quando proveniente de fontes vedadas (art. 24 da Lei

nº 9.504/1994)[3] – quanto na forma e no conteúdo, como, por exemplo, a obtenção de recursos de forma clandestina, prática vulgarmente denominada de "caixa dois", o recebimento de doações acima do limite legal[4], etc.

Da mesma forma, diversa hipótese de configuração do ilícito contido no art. 30-A da LE consiste na conduta de promover gastos ilícitos com finalidade eleitoral, ou seja, visando à realização de atos de campanha.

Nas palavras de Zilio (2012, p. 561),

> Gasto significa, em suma, o efetivo dispêndio dos recursos eleitorais pertencentes ao candidato, partido político ou coligação. Em outras palavras, o gasto eleitoral importa em uma saída de crédito do patrimônio do partido, candidato ou coligação. Para a configuração da conduta proscrita, o comando normativo exige que os gastos efetuados sejam ilícitos, ou seja, realizados sem a observância das normas previstas na Lei nº 9.504/1997.

Plurais são as situações que ensejam a ilicitude nos gastos de campanha, como, por exemplo, o pagamento de despesas sem que o recurso tenha transitado pela conta bancária da candidatura (§ 3º do art. 22 da LE), os gastos realizados acima do limite preestabelecido pela

[3] Art. 24. É vedado, a partido e candidato, receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de: I – entidade ou governo estrangeiro; II – órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do poder público; III – concessionário ou permissionário de serviço público; IV – entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; V – entidade de utilidade pública; VI – entidade de classe ou sindical; VII – pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior. VIII – entidades beneficentes e religiosas; IX – entidades esportivas; X – organizações não governamentais que recebam recursos públicos; XI – organizações da sociedade civil de interesse público. Parágrafo único. Não se incluem nas vedações de que trata este artigo as cooperativas cujos cooperados não sejam concessionários ou permissionários de serviços públicos, desde que não estejam sendo beneficiadas com recursos públicos, observado o disposto no art. 81.

[4] Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta lei. § 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas: I – no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição; II – no caso em que o candidato utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma desta lei.

agremiação partidária à qual está vinculado o candidato, a realização de gastos eleitorais antes da abertura da conta bancária da campanha eleitoral, a utilização de recursos para pagamento de despesas vedadas pela legislação eleitoral, dentre outras.

2.2. Objeto jurídico protegido pela norma

O objeto jurídico tutelado pelo dispositivo legal em comento é a *higidez das normas relativas a arrecadação e gastos de recursos eleitorais,* além da *moralidade do pleito eleitoral*.

Zilio (2012, p. 567) advoga que:

> O bem jurídico protegido pela norma prevista no art. 30-A da LE é a higidez das normas relativas à arrecadação e gastos eleitorais. O legislador se preocupa em elevar à proteção específica a matéria relativa ao aporte de recursos e os gastos de campanha, dado que as ilicitudes havidas na arrecadação e dispêndio de valores consistem em uma das maiores causas de interferência na normalidade do processo eleitoral, desvirtuando a vontade do eleitor. A previsão normativa de um tipo específico de ação de Direito material – captação e gastos ilícitos, para fins eleitorais – demonstra o significativo apreço da tutela a ser dispensada às normas de arrecadação e gastos eleitorais, previstas na Lei n° 9.504/1997.

Por certo, ao introduzir o art. 30-A no bojo da legislação eleitoral, o legislador pretendeu garantir o estreito cumprimento da normativa referente à captação e aos gastos de recursos de campanha eleitoral, ditames deveras inobservados no curso da história eleitoral brasileira.

Igualmente, a normativa em questão tutela a moralidade do pleito eleitoral, princípio constitucional inserto no § 9° do art. 14 da Lei Maior, considerada a probidade administrativa a legitimidade para o exercício do mandato eletivo, resguardando a transparência e a boa-fé eleitoral em prol dos ideais democráticos.

Para Gomes (2012, p. 510), "*pelo fruto se conhece a árvore*. Se a campanha é alimentada com recursos de fontes vedadas, ou angariados

de modo ilegal, etc., ela mesma acaba por contaminar-se, tornando-se ilícita".

Ademais, a isonomia eleitoral, vista particularmente como um princípio geral e basilar do Direito Eleitoral, da mesma forma, é tutelada pela normativa em questão, de modo a garantir a legitimidade da disputa eleitoral.

Por fim, considerando o objeto resguardado pelo comando legal, não há que se falar em potencialidade lesiva da conduta, não havendo, pois, nexo de causalidade entre o ilícito e o resultado das eleições, bastando à procedência da representação a relevância jurídica do ilícito praticado.

2.3. Legitimados

São legitimados para propor a presente representação, nos termos da lei, qualquer *partido político ou coligação* e, ainda, por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, o *Ministério Público Eleitoral*.

A jurisprudência assentada no TSE dá conta, todavia, de que *os candidatos não são partes legítimas para propor a representação com base no art. 30-A, porquanto a referida norma legal se refere, tão só, a partido ou coligação*[5].

Quanto ao polo passivo da demanda, é pacífico que é parte legítima o candidato, majoritário ou proporcional, ainda que não eleito, haja vista que o bem jurídico tutelado pela norma de regência é a higidez dos ditames pertinentes a arrecadação e gastos de campanha eleitoral,

[5] "Representação. Arrecadação e gastos de campanha. Ilegitimidade ativa. – A jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o candidato não é parte legítima para propor representação com base no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, tendo em vista que a referida norma legal somente se refere a partido ou coligação. [...]". (Ac. de 9.10.2012 no AgR-AC n° 31658, rel. Min. Fernando Gonçalves).

assim como a moralidade do pleito eleitoral, consoante mencionado anteriormente[6].

Com relação aos candidatos não eleitos, *notadamente quanto aos candidatos majoritários*, ressalva-se o entendimento particular no sentido de ser incabível a demanda em questão, porquanto a própria norma legal traz em seu bojo a sanção de negação ou cassação de diploma, apenamento inalcançável aos que não obtiveram sucesso na corrida eleitoral.

Noutras palavras, a demanda deve ser proposta contra quem já foi diplomado pela Justiça Eleitoral, ou contra aquele que está na iminência de ser, sob pena de verdadeiro esvaziamento da disposição legal, carecendo, pois, de objeto a ação, dada a inexistência de diploma a ser negado ou cassado.

Por derradeiro, agremiações políticas e coligações não são partes legítimas para figurar no polo passivo da lide, haja vista que a sanção prevista em eventual procedência da propositura é a negação[7] do diploma, ou a cassação, se já outorgado, e só, não se estendendo, obviamente, a partidos ou coligações partidárias.

2.4. Rito processual

No caso da representação eleitoral por captação ou gastos ilícitos de campanha eleitoral, o rito processual pertinente, por força do § 1º do art. 30-A da Lei das Eleições[8], segue o contido no art. 22, inciso I, da Lei Complementar nº 64/1990, a exemplo das demais representações específicas (art. 41-A, art.73 da LE).

---

[6] "[...] 5. A ação de investigação judicial com fulcro no art. 30-A pode ser proposta em desfavor do candidato não eleito, uma vez que o bem jurídico tutelado pela norma é a moralidade das eleições, não havendo falar na capacidade de influenciar no resultado do pleito. No caso, a sanção de negativa de outorga do diploma ou sua cassação prevista no § 2º do art. 30-A também alcança o recorrente na sua condição de suplente. [...]." (Ac. de 28.4.2009 no RO nº 1.540, rel. Min. Felix Fischer).

[7] A sanção de negação do diploma se impõe na hipótese de a representação eleitoral em comento vir a ser julgada antes do ato de diplomação dos eleitos.

[8] Art. 30-A: [...]. § 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, no que couber.

A competência para o processamento e julgamento da presente contenda, por sua feita, em que pese o rito processual seguir a previsão estatuída na Lei de Inelegibilidades, segue a previsão contida no art. 96, §§ 3° e 4°, da Lei nº 9.504/1997[9]. Nas eleições municipais, a competência para processamento e julgamento é do juiz eleitoral. Nas eleições estaduais, federais e distritais, a demanda deve ser distribuída perante um dos juízes auxiliares que laboram junto aos Tribunais Regionais, incumbindo, todavia, ao Pleno da Corte o julgamento da controvérsia; e, nas eleições presidenciais, o feito deve ser distribuído a um dos magistrados auxiliares atuantes no TSE, cujo julgamento, da mesma forma, é reservado ao Pleno da Casa.

2.5. Prazo para o ajuizamento

Por força do *caput* do art. 30-A da Lei n° 9.504/1997, na sua redação atual, a representação comentada poderá ser ajuizada no prazo de até 15 dias após a diplomação dos eleitos, sob pena de decadência do direito, nos termos da legislação vigente. Tanto a legislação quanto a jurisprudência remansosa não preveem prazos diferenciados para a propositura da ação, considerando-se o prazo decadencial de até 15 dias da diplomação, mesmo que a demanda seja aforada em desfavor de candidatos suplentes ou não eleitos. Portanto o prazo para a propositura da representação eleitoral em debate é uno, justamente porque o legislador não referiu disparidade alguma.

Não há, pois, necessidade de se aguardar o julgamento das contas de campanha com vistas à propositura da presente, até mesmo porque a representação por captação ou gastos ilegais de recursos eleitorais não guarda dependência para com o procedimento de prestação contábil, como será abordado a seguir. A partir do momento em que for verificada alguma violação das normas de regência, poderá ser pleiteado o sancionamento do candidato infrator por meio do remédio processual eleitoral, objeto do presente trabalho.

---

[9] Art. 96, da Lei n°. 9.504: [...]. § 3º Os Tribunais Eleitorais designarão três juízes auxiliares para a apreciação das reclamações ou representações que lhes forem dirigidas. § 4º Os recursos contra as decisões dos juízes auxiliares serão julgados pelo Plenário do Tribunal.

Ocorre que, apesar de a representação eleitoral, com base no art. 30-A, não guardar dependência para com o processo de prestação de contas de campanha, é óbvio que aquela mantém íntima relação com esta, tanto é que, mesmo frente à inexistência de termo inicial pré-fixado à propositura da presente demanda, a experiência forense denota que tais ações são propostas após apresentadas e julgadas as respectivas contas de campanha, justamente porque o julgamento dos dados contábeis referentes à campanha possibilita ao potencial representante uma maior análise do panorama existente.

2.6. Representação eleitoral e prestação de contas

Apesar de haver proximidade entre a representação eleitoral lastreada no art. 30-A e o procedimento de prestação de contas de campanha, não há vinculação e dependência entre ambas as demandas.

Não há que se falar em litispendência, coisa julgada, ou em vinculação entre eventual aprovação ou desaprovação das contas quanto à (im) procedência da representação.

Consoante já demonstrado, a representação eleitoral lastreada no art. 30-A visa assegurar a higidez das normas referentes a arrecadação e gastos de campanha eleitoral, assim como à moralidade do processo eleitoral. O texto legal é claro ao prever que

> Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.

À luz da normativa de regência, percebe-se que o legislador ordinário procurou coibir a prática de condutas em desacordo com as normas relativas a captação e gastos de recursos para fins eleitorais, cominando, inclusive, a severa sanção de negação ou cassação do diploma do candidato que vier a ser condenado nos termos da lei.

E assim pretendeu, pois, à época, não havia instrumento hábil, específico e eficaz inserto na normativa eleitoral, temática que restava adstrita tão somente à órbita do procedimento administrativo de prestação de contas de campanha, sem maior rigor, portanto.

O procedimento de prestação contábil tem natureza meramente administrativa: não prevê consequências maiores para eventual desaprovação das contas de campanha, nem dilação probatória, e limita-se à análise técnica. Nada mais.

Daí o porquê de o legislador, visando resguardar de forma eficaz as normas de regência, assim como a moralidade do processo eleitoral, ter introduzido no arcabouço normativo brasileiro a figura do art. 30-A, instrumento independente e habilitado à repressão de abusos na arrecadação e gastos de recursos eleitorais a partir da ampla possibilidade de instrução probatória e da gravosa sanção de negação ou cassação de diploma inserida no tipo legal.

Costa (2006, p. 2) afirma que:

> O art. 30-A foi, sem dúvida, a principal inovação trazida pela Lei nº 11.300/2006, equiparável à introdução do art.41-A no ordenamento jurídico brasileiro. O seu § 2º criou um novo ato jurídico ilícito (captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais) cominando-lhe a sanção de negação ou cassação do diploma do candidato eleito.

Em verdade, há intimidade entre a representação e o procedimento de prestação de contas; na maioria das oportunidades, esta serve de lastro principal para a propositura daquela; a prestação de contas é um relevante instrumento de convicção, mas não o único.

Doutra banda, a ausência de dependência entre as figuras em comento decorre, além das distinções existentes, da natureza das demandas, do procedimento, das partes e da previsão de negação e cassação de diploma inserida no art. 30-A.

Não há, pois, que se falar em litispendência, coisa julgada, ou vinculação entre as ações, pois, além das gritantes distinções existentes, a própria lei autoriza a propositura de representação eleitoral, com o fim

de apurar a existência de irregularidades nas contas de campanha, e prevê a sanção de negação ou cassação de diploma, coexistindo, de modo autônomo e distinto, o processo de prestação de contas e a representação por captação e gastos ilícitos de recursos eleitorais.

Entender de modo diverso seria reconhecer a manifesta inocuidade da previsão contida no art. 30-A, o que ocasionaria um verdadeiro esvaziamento da norma.

A doutrina de Zilio (2012, p. 565), novamente, é esclarecedora:

> Em verdade, o processo de prestação de contas de campanha e a representação prevista no art. 30-A da LE convivem em um binômio de íntima correlação e ausência de dependência. A íntima relação entre os institutos é perceptível porque a prestação de contas é o meio pelo qual é possível aferir a regularidade da arrecadação e dos gastos de recursos de campanha. Daí porque a prestação de contas consiste em importante elemento de convicção – embora não o único para o manuseio da representação do art. 30-A da LE, que tem como hipóteses materiais de concretização do tipo a captação e os gastos ilícitos de recursos. De outra parte, a ausência de relação de dependência entre a prestação de contas e o art. 30-A da LE decorre da possibilidade de se obter, na representação do art. 30-A da LE, a sanção de denegação do diploma, admitindo-se, portanto, o aforamento da representação antes da análise do mérito da prestação de contas (*v.g.*, gasto ostensivo em propaganda eleitoral mediante *outdoor* ou showmício).

Por fim, na mesma esteira, é cediço que a decisão que aprovar ou desaprovar as contas de campanha não tem repercussão, por si só, na decisão que julgar a representação eleitoral por captação ou gasto ilícito de recurso eleitoral justamente por serem diametralmente opostas entre si.

2.7. Procedência da ação: sanção, recurso e execução imediata

Conforme o previsto no art. 30-A, § 2º, da Lei das Eleições, ante a prova de captação ou gasto ilícito de recursos eleitorais, será negado ou

cassado o diploma do candidato infrator. Noutras palavras, com a procedência da demanda, será negado ou cassado o diploma do candidato que houver infringido as normas que disciplinam a arrecadação e os gastos de recursos de campanha eleitoral.

Não obstante a previsão posta no mandamento legal, o reconhecimento de eventual ilicitude não enseja, por si, a negação ou cassação do diploma, conforme será tratado no item subsequente, não sendo, pois, vinculativa a penalidade prevista no tipo normativo em liça.

Da decisão que julgar a presente representação, caberá recurso no prazo legal de três dias, a contar da publicação da decisão[10]. Os recursos eleitorais, via de regra, não têm efeito suspensivo, ao passo que a decisão que julgar procedente a representação eleitoral em comento deverá ser executada de imediato, tudo por força do art. 257, *caput* e parágrafo único, do Código Eleitoral[11].

Em que pese à determinação legal – verdadeira incongruência legislativa frente à nova ordem constitucional –, entende-se prudente aguardar, ao menos, o duplo grau de jurisdição, até mesmo com o fim de evitar recorrente alternância no poder.

Para tanto, o postulado de concessão do efeito suspensivo ao recurso poderá ser firmado junto à origem, cujo julgador, se entender cabível, poderá suspender os efeitos da própria decisão, ou por meio de ação cautelar, com pedido liminar, a ser aforada no juízo *ad quem*.

---

[10] Art. 30-A, § 3º O prazo de recurso contra decisões proferidas em representações propostas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no *Diário Oficial*.

[11] Art. 257. Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo.
Parágrafo único. A execução de qualquer acórdão será feita imediatamente, através de comunicação por ofício, telegrama, ou, em casos especiais, a critério do presidente do tribunal, através de cópia do acórdão.

3. O art. 30-A, § 2º, da Lei nº 9.504/1997 à luz da proporcionalidade

O § 2º do art. 30-A da Lei das Eleições dispõe que, *se forem comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado*.

A inteligência do diploma legal precitado indica que, em havendo inobservância das regras pertinentes a captação e gastos de recursos eleitorais, a negação ou a cassação do diploma se impõe pura e simplesmente.

Ocorre que o ordenamento jurídico não é composto por normas estanques e isoladas, muito pelo contrário. As normas não existem por si só; fazem, sim, parte de um conjunto, um todo ordenado, ao passo que o comando legal em debate deve, necessariamente, ser interpretado à luz dos postulados diversos existentes, notadamente à luz do louvado princípio da proporcionalidade.

O princípio constitucional da proporcionalidade constitui verdadeira salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão contra a atuação arbitrária do Estado.

Canotilho (1992, p. 617) conceitua o princípio da proporcionalidade como *princípio da proibição do excesso*, afirmando o seguinte:

> 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 (com 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). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei.

Barroso (2002, p. 213), por sua vez, afirma que:

> O princípio da proporcionalidade funciona como um parâmetro hermenêutico que orienta como uma norma jurídica deve ser interpretada e aplicada no caso concreto, mormente na hipótese de incidência dos direitos fundamentais, para a melhor realização dos valores e fins do sistema constitucional.

Nesse ínterim, apesar da disposição legal, para que haja imposição da severa sanção de negação ou cassação de diploma, é necessário e indispensável que a conduta descrita abarque relevância jurídica hábil a justificar a extremada medida punitiva, sob pena de verdadeira arbitrariedade.

Vale dizer que, para que a sanção inserta no § 2° do art. 30-A da Lei das Eleições se imponha, faz-se necessário que a penalidade seja proporcional ao agravo cometido. Noutros termos, para que se justifique a procedência da lide, com a imposição da penalidade em questão, é indispensável que os ilícitos tenham relevância jurídica, gravidade, ao passo que, assim, e somente assim, a sanção de negação ou cassação do diploma se afigurará como proporcional diante do quadro posto.

O TSE já se manifestou nesse sentido, ao consignar que é necessária a aferição da relevância jurídica do ilícito, uma vez que a cassação do mandato ou do diploma deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão ao bem jurídico protegido pela norma[12].

Nesse prisma, Ramayana (2010, p. 115) aquilata que "a sanção perquirida com a ação (perda do diploma) deve ser adequada ao ilícito praticado, sendo tal proporcionalidade um pressuposto para cassação do mandato".

Necessária, portanto, se mostra a observância ao postulado constitucional da proporcionalidade, com o objetivo de amparar o entendimento de que eventuais falhas de caráter formal, ou pequenas no contexto geral dos fatos, não são suficientes para macular os bens jurídicos protegidos pela norma de regência, tampouco malferir a

[12] Recurso Ordinário nº 4443-44.2010.6.07.0000, Brasília/DF, rel. Min. Marcelo Ribeiro, julgado em 1.12.2012, publicado no *DJE* nº 031, em 13.2.2012, pág. 19.

moralidade e a isonomia eleitoral, não se justificando as medidas extremadas insertas no tipo normativo em voga.

Considerações finais

O que se objetivou no presente artigo foi demonstrar que, apesar da clareza do § 2° do art. 30-A da Lei n° 9.504/1997, deve-se manter em vista o consagrado princípio da proporcionalidade, para efeito de considerar a procedência da demanda em questão e, com isso, impor a gravosa sanção de negação ou cassação de diploma.

É certo que a problemática em liça tem despertado posicionamentos e decisões conflitantes nos juízos eleitorais do país. Certo é da mesma forma que os critérios balizadores da incidência do postulado constitucional objeto da discussão, ou as circunstâncias que devem ser sopesadas para tanto, são díspares.

Todavia, como demonstrado, é indispensável que, comprovada a arrecadação ou os gastos ilícitos de recursos eleitorais, a sanção de negação ou cassação de diploma guarde proporcionalidade com o agravo cometido por eventual candidato.

E, para tanto, deve-se analisar o contexto geral da realidade norteadora da problemática, tomando-se como base, além do valor captado ou gasto de forma ilegal, o montante geral da campanha eleitoral, a conduta levada a efeito pelo candidato representado, a campanha eleitoral dos adversários, o poder político envolto, a realidade da localidade, dentre outras circunstâncias pertinentes, justificando-se a procedência da demanda com a negação ou cassação do diploma só, e tão somente, se o ilícito praticado abarcar relevância jurídica ao ponto de manifestar-se como proporcional à extremada sanção inserta no tipo normativo em comento.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COSTA, Adriano Soares da. Comentários à Lei nº 11.300/2006. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1107, 13 jul. 2006. Disponível em: <http://http://jus.com.br/revista/texto/8641>. Acesso em: 16 jul. 2013.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

POTENCIALIDADE LESIVA NAS AÇÕES ELEITORAIS[1]

POTENTIAL SHARES IN ELECTORAL TORTIOUS

HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO[2]

Resumo

Diante da alteração legislativa feita pela Lei Complementar nº 135/2010, que incluiu o inciso XVI no corpo do art. 22 da Lei de Inelegibilidades, visa o trabalho indicar que, de acordo com o bem jurídico tutelado nas ações eleitorais doravante tratadas, a permanência da exigência da potencialidade lesiva do abuso de poder é uma forma de tisnar a legitimidade e normalidade do pleito como pedra de toque na harmonização entre os princípios constitucionais elencados no art. 1º, parágrafo único, e no art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

[1] Artigo recebido em 30 de abril de 2013 e aceito para publicação em 15 de agosto de 2013.

[2] Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Pós-graduado em Direito Eleitoral pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduando em Fazenda Pública em Juízo na Faculdade de Direito de Vitória. Advogado militante na área do direito público.

Palavras-chave: Processo eleitoral. Abuso de poder. Bem jurídico. Potencialidade lesiva. Harmonização.

Summary

Given the legislative changes made by Complementary Law Nº 135/2010, which included the section XVI in the article 22 of the Law of ineligibility, aims to work state, according to the legally protected in actions electoral henceforth treated, the permanence the requirement of potential prejudicial abuse of power blacken legitimacy and normality of the election, as a touchstone in harmonizing the constitutional principles listed in article 1º, single paragraph, and article 14, § 9º, of the Constitution.

Keywords: Electoral process. Abuse of power. The legal-damaging potential. Harmonization.

1. Introito

Hodiernamente, sobretudo pela introdução do inciso XVI, no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, que apregoa 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", cisão doutrinária e jurisprudencial tem causado o conceito de potencialidade lesiva nas ações eleitorais.

Desse modo, o presente trabalho visa, a partir da análise metodológica das ações eleitorais previstas no ordenamento jurídico, qualificar o bem jurídico tutelado em cada uma das ações, expondo, por fim, sua real influência sobre o conceito de potencialidade lesiva.

De propósito, cumpre pontuar por oportuno que estamos excluindo da análise do trabalho o recurso contra expedição de diploma (RCED), regulamentado pelo art. 262 e seguintes do Código Eleitoral, por entendermos que, com o advento do novel art. 22, inciso XIV, da Lei de Inelegibilidades, ele cairá em desuso nas situações de seu inciso IV, não

servindo as demais hipóteses lá descritas ao combate implacável contra transgressão a normas proibitivas de Direito Eleitoral.

2. Fases do processo eleitoral e momento da prática do abuso de poder

Na conceituação de Cândido (1996, p. 20),

> [...] o Direito Eleitoral é *ramo do direito público* que trata dos institutos relacionados com os *direitos políticos* e das normas regentes do *processo eleitoral*, em todas as suas fases e desdobramentos, como forma de *legitimar a escolha política* dos titulares dos *mandatos eletivos*, feita através do *sufrágio*. (Grifos nossos)

Pela lição supratranscrita, dessume-se que é objeto de *incidência do Direito Eleitoral* (material e processual) o *processo eleitoral* em sua acepção *lato sensu* (suas fases e desdobramentos).

Há que se ressalvar que o processo eleitoral tem vida própria a cada eleição. Isso porque as fases do processo eleitoral, conforme nos noticia Ramayana (2009, p. 84) se desdobram nas seguintes etapas:

1. Alistamento eleitoral (art. 42 e seguintes do Código Eleitoral).

2. Convenções nacionais, estaduais ou municipais para a escolha de pré-candidatos (art. 8º e seguintes da Lei nº 9.504/1997).

3. Pedido de registro de candidatos (art. 11 e seguintes da Lei nº 9.504/1997).

4. Propaganda política eleitoral (art. 36 e seguintes da Lei nº 9.504/1997).

5. Votação (art. 135 e seguintes do Código Eleitoral).

6. Apuração (art. 135 e seguintes do Código Eleitoral).

7. Proclamação dos eleitos.

8. Prestação de contas das campanhas eleitorais (art. 28 e seguintes da Lei nº 9.504/1997).

9. Diplomação (art. 215 e seguintes do Código Eleitoral).

Assim, a competência da Justiça Eleitoral está cingida dentro das fases elencadas acima, indo do alistamento eleitoral até a diplomação dos eleitos.

Mas não é somente de função jurisdicional que está incumbida a Justiça Eleitoral, dentre outras funções (normativa e consultiva), dotada de competência tipicamente administrativa, voltada para a preparação, organização e administração de todo o processo eleitoral.

Podemos dizer com toda a segurança que em todas as fases do processo eleitoral a Justiça Eleitoral exerce função administrativa.

Mesmo sendo todas as etapas do processo eleitoral realizadas no âmbito da atribuição administrativa da Justiça Eleitoral, havendo transgressão das normas proibitivas ou mesmo prescritivas eleitorais, poderá a especializada assumir função jurisdicional em todas as etapas do processo eleitoral, ficando responsável pela solução dos litígios que lhe são postos.

Ordinariamente, com a formalização do pedido de registro da candidatura, é que a Justiça Eleitoral, atenta a todo o ordenamento jurídico de Direito Eleitoral, passa a guarnecer o princípio da legitimidade e normalidade das eleições, princípio expressamente esculpido no art. 14, § 9º, da Lei Fundamental, de modo a garantir a concretude do princípio da igualdade de condições entre todos os candidatos, segundo a exegese extensiva da cabeça do art. 5º da Carta Fundamental, legitimando, em última análise, o sufrágio popular para que verdadeiramente sejam eleitos aqueles que refletem os ideais da maioria.

Do período da formalização do pedido de registro de candidatura, passando-se pela fase mais extensa do processo eleitoral, que é o tempo

da propaganda política, findada esta última nas vésperas da votação, é que, infelizmente, como sói acontecer, realiza-se a prática de ilícitos eleitorais de toda sorte, perfeitamente enquadrados todos no gênero de abuso de poder.

3. Ações eleitorais e o seu bem jurídico tutelado, qualificado a partir do Direito Processual

Na competência jurisdicional da Justiça Eleitoral, adentrando-se sobre os instrumentos jurídicos processuais aptos a perquirirem, combaterem e sancionarem as transgressões eleitorais de Direito material, é que, antes de qualquer coisa, em que pese a inspiração inicial de a representação eleitoral servir para todas as transgressões à Lei das Eleições (estatuto de maior relevo hoje no Direito Eleitoral), conforme escrito no seu art. 96, hodiernamente perdeu sua aplicabilidade, servindo ao combate da propaganda eleitoral irregular (art. 36 e seguintes da Lei nº 9.504/1997) e como procedimento para apuração e punição de outras transgressões à Lei das Eleições.

Então, pela ressalva contida no próprio art. 96[3], que estabelece que, diante de disposição contrária, o procedimento da representação eleitoral cederá espaço para procedimento outro, como no caso da ocorrência dos ilícitos eleitorais dispostos nos arts. 30-A, 41-A e 73 da LE, pela indicação expressa, respectivamente, de seu § 1º, cabeça, e § 12, para sancionamento dessas ilicitudes eleitorais, deve ser eleita a via da ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990.

Vejamos sua redação:

> Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao corregedor-geral ou regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para *apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade,*

[3] Art. 96. Salvo disposições específicas em contrário desta lei, as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser feitas por qualquer partido político, coligação ou candidato e devem dirigir-se: [...]

> *ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social*, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...] (Grifos nossos)

Há que se dizer que o instrumento jurídico em comento veio dar disciplina normativa ao § 9º, do art. 14, da Constituição Federal, ao justamente criar no ordenamento jurídico eleitoral mecanismo de garantia 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".

Então, na tradicional classificação de Silva (apud CUNHA, 2012, p. 171-177), como o comando constitucional acima tratado é norma de eficácia limitada, reconhecimento que o Supremo Tribunal Federal fez no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144, ficou criado no ordenamento jurídico eleitoral ação apta a garantir a normalidade e legitimidade do pleito pelo combate implacável ao abuso de poder em sua acepção de gênero.

Veja-se que, ao escrever o art. 22 da Lei de Inelegibilidades, que se destina ao combate do abuso do poder econômico, abuso de poder político e abuso dos meios de comunicação, é claro que a norma está a se referir ao objeto material de seu campo de atuação.

Em linha de sintonia, como ação derradeira do processo eleitoral, agora imposta por norma constitucional de eficácia ilimitada, também a Lei Fundamental trouxe, em seu art. 14, § 10, a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), assim descrita:

> § 10. 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*. (Grifos nossos)

Veja-se que o objeto material da AIME fica adstrito à coibição e sanção de *abuso de poder econômico, corrupção e fraude eleitoral*.

Como visto, a AIME também tutela o processo eleitoral contra o abuso de poder *latu senso*, primando, por essência, pela legitimidade e normalidade do resultado do pleito manifestado nas urnas.

Dessas premissas até então apresentadas, podemos extrair duas conclusões que vão nos servir: a) que tanto a AIJE quanto a AIME tutelam a legitimidade e normalidade do pleito; b) que é objeto delas o combate e sancionamento do abuso de poder (*latu sensu*) no processo eleitoral.

Diga-se, *en passant*, que, por boa técnica legislativa, todas as espécies de abuso de poder tratadas pelas ações eleitorais comentadas são conceitos jurídicos indeterminados, isto é, se qualificam à luz do caso concreto.

Por oportuno, sobre a importância do conceito jurídico indeterminado como técnica legislativa, registra Vilanova (2000, p. 141):

> As normas são postas para permanecer como estruturas de linguagem, ou estruturas de enunciado, bastantes em si mesmas, mas reingressam nos fatos, de onde provieram, passando do nível conceptual e abstrato para a concrescência das relações sociais, onde as condutas são pontos ou pespontos do tecido social.

Logo, genericamente, a expressão *abuso de poder* deve ser entendida como a prática de condutas vedadas 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.

Diante da presença da imputação das formas indeterminadas de abuso de poder veiculadas nas ações tratadas, para procedência tanto da AIJE quanto para sucesso na AIME, necessária é a *presença de potencialidade lesiva da conduta*:

> A potencialidade lesiva da conduta, necessária em sede de AIME, não foi aferida pelo tribunal de origem, não obstante a oposição de embargos de declaração.
>
> (Recurso Especial Eleitoral nº 958285418, Acórdão de 4.10.2011, rel. Min. RIBEIRO, Marcelo Henrique. Publicação:

> *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Tomo 208, Data 3.11.2011, p. 70)
>
> 1. Consoante o art. 22 da LC nº 64/1990, a propositura de AIJE objetiva a apuração de abuso do poder econômico ou político e de uso indevido dos meios de comunicação social, em benefício de candidato ou partido político.
>
> [...]
>
> 3. A conduta, apesar de irregular, não possui potencialidade lesiva para comprometer a normalidade e a legitimidade do pleito, visto que: a) a entrevista também exalta o próprio recorrente, que na época exercia o mandato de deputado federal e não era candidato a cargo eletivo; b) o candidato não participou do evento; c) a propaganda ocorreu de modo subliminar; d) não há dados concretos quanto ao alcance do sinal da TV Descalvados na área do município; e) a entrevista foi transmitida em uma única oportunidade.
>
> (Recurso Especial Eleitoral nº 433079, Acórdão de 2.8.2011, rel. Min. ANDRIGHI, Fátima Nancy, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 30.8.2011, p. 88)

4. Ações eleitorais e o seu bem jurídico tutelado, segundo o Direito material posto

No plano estritamente processual, as ações cotejadas têm objetos semelhantes, ontologicamente considerados, sendo suas marcas diferenciadoras o prazo de seu ajuizamento[4] e o procedimento a ser seguido no seu processamento[5].

A par disso, o que há de principal diferença entre ambas as ações é a tutela do Direito material que lhe é posta.

Melhor explico.

Como dito, as fases do processo eleitoral em seu sentido amplo vão desde o alistamento até a diplomação dos eleitos, quando se exaure

[4] A AIJE tem como prazo-limite para ajuizamento a data da diplomação. A AIME tem como prazo-limite para ajuizamento 15 dias após a diplomação.

[5] A AIJE segue o rito do art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990. A AIME segue o rito do art. 3º e seguintes da Lei Complementar nº 64/1990.

a competência administrativa da Justiça Eleitoral, que, uma vez provocada, em todas essas etapas, passa a exercer atividade jurisdicional.

Nesse viés, fora destacado que, naturalmente, a prática de ilícitos eleitorais vai, via de regra, desde o registro da candidatura[6] até a data do pleito.

É justamente nesse interregno que a AIJE tem cabimento, podendo, conforme entendimento jurisprudencial fixado, ser a mesma proposta até a data da diplomação[7].

Dito isso, repisa-se que são seus objetos materiais os abusos de poder econômico, político e dos meios de comunicação.

Mesmo a hipótese de cabimento da norma trazendo consigo conceitos jurídicos indeterminados, no plano de Direito material, a hipótese de incidência ganha contorno e forma.

E a *depender do Direito material posto, há mudança do bem jurídico tutelado*, com *reflexos diretos na forma do reconhecimento judicial da ilicitude*. Leia-se, necessidade de avaliação ou não de potencialidade lesiva.

Colhe-se, nesse sentido, o ilícito eleitoral descrito no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997, referente a *corrupção eleitoral*, entendida como *abuso de poder* qualificado pela interferência sobre a vontade individual do eleitor.

---

[6] Conforme decisão acertada no Recurso Ordinário nº 2.365/MS, de relatoria do Ministro Arnaldo Versiani, julgado em 12.2.2010, admite-se, excepcionalmente, como causa de pedir na AIJE a narrativa de fatos ocorridos anteriormente ao registro da candidatura, desde que projetem sua influência no resultado do pleito.

[7] O rito previsto no art. 22 da Lei Complementar n° 64/1990 não estabelece prazo decadencial para o ajuizamento da AIJE. Por construção jurisprudencial, no âmbito desta Corte superior, entende-se que as ações de investigação judicial eleitoral que tratam de abuso de poder econômico e político podem ser propostas até a data da diplomação porque, após essa data, restaria, ainda, o ajuizamento da AIME e do recurso contra expedição do diploma (RCED). (REspe n° 12.531/SP, rel. Min. GALVAO, Limar, *DJ* de 1°.9.1995, RO n° 401/ES, rel. Min. NEVES, Fernando, *DJ* de 1°.9.2000, RP n° 628/DF, rel. Min. FIGUEREDO, Sálvio de, *DJ* de 17.12.2002).

Como hodiernamente a delineação da corrupção eleitoral encontra-se com descrição positivada, tanto na AIJE (conforme expressão feita diretamente pelo artigo 41-A, § 1º, da Lei das Eleições) quanto na AIME (que traz em seu *caput* o objeto material da correção), o contorno jurídico em torno da caracterização da corrupção eleitoral, tanto na AIJE quanto na AIME, segue a descrição estabelecida no art. 41-A da Lei nº 9.504/1997.

É exatamente este o pensamento reiterado do TSE, *in verbis*:

> A captação ilícita de sufrágio, espécie do gênero corrupção eleitoral, enquadra-se nas hipóteses de cabimento da AIME, previstas no art. 14, § 10, da CF. Precedentes. (Recurso Ordinário nº 1522, Acórdão de 18.3.2010, rel. Min. OLIVEIRA, Marcelo Henrique Ribeiro. Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 10.5.2010, p. 15)

Todavia, sendo promovida a AIJE, por prática da corrupção eleitoral, como, especificadamente, o Direito material posto tem por escopo salvaguardar a vontade popular individual, relacionada com o exercício do sufrágio, para sua caracterização, desnecessária é a ocorrência de prova de potencialidade lesiva.

Nessa toada é o voto condutor do Ministro Jobim quando do julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 19.553, julgado em 21 de março de 2002, ao explicitar que "no art. 41-A, o bem protegido não é o resultado da eleição. O bem protegido é a vontade do eleitor. Então, há um bem protegido distinto, o que não autoriza, com isso, falar-se em potencialidade".

Entretanto, se veiculada a corrupção eleitoral no bojo da AIME, imprescindível é, para sua caracterização, a presença de potencialidade lesiva do fato (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 39.974, Acórdão de 28.10.2010, rel. Min. OLIVEIRA, Marcelo Henrique Ribeiro de. Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Volume -, Tomo 220, Data 17.11.2010, p. 13-14).

Não pode causar espanto a disparidade das conclusões apresentadas, mormente porque, no campo temporal, a AIJE pode ser manejada

ao curso de todo o processo eleitoral, visando sancionar o agente corruptor com a cassação de seu registro, se procedente a ação antes do pleito, ou cassação de seu diploma, se julgada após as eleições (inteligência do art. 22, inciso XIV, da Lei das Inelegibilidades).

Visa-se, com o instrumento jurídico declinado acima, alijar do processo eleitoral o candidato que tenha corrompido a liberdade de opção individual do eleitor, bastando, para sua cassação, que seja comprovada a compra de apenas e tão somente um voto.

Na outra ponta, sendo a AIME ato derradeiro do processo eleitoral, pressupondo a existência prévia de divulgação do resultado da disputa eleitoral, proclamação dos resultados e diplomação dos vencedores, válida é a adoção de critério adicional na AIME para se cassar mandato político posto que, pela máxima efetividade da Constituição, sua finalidade mantém-se inerte.

Justificando a posição tomada, Ramayana (2009, p. 490) afirma que:

> O bem jurídico tutelado, portanto, mediante a ação constitucional, é a normalidade e legitimidade das eleições (CF, art. 14, §9º) e o interesse de lisura eleitoral (LC nº 64/1990, art. 23, *in fine*), enquanto pressupostos de legitimidade política e validade jurídica do mandato democrático representativo.

Da mesma forma, a prescrição do art. 30-A da Lei nº 9.504/1997, especificadamente, tem em vista a manutenção da transparência da campanha individual do candidato, do modo como sua prestação de contas deve exatamente retratar todas as arrecadações e gastos feitos.

Sobre o tema é o magistério de Gomes (2010, p. 483), *verbis*:

> É explícito o desiderato se sancionar a conduta de captar ou gastar ilicitamente recursos durante a campanha. O objetivo central dessa regra é fazer com que as campanhas políticas se desenvolvam e sejam financiadas de forma escorreita e transparente, dentro dos parâmetros legais. Só assim poderá haver disputa saudável entre os concorrentes. [...] O bem jurídico protegido é a lisura da campanha eleitoral.

Se o bem jurídico tutelado pelo Direito material aqui posto é a transparência da campanha política, na AIJE, pela violação ao art. 30-A da Lei das Eleições, *dispensável é a demonstração de potencialidade lesiva*, de modo que a *sanção* negativa de outorga de diploma ou de sua cassação deve ser *proporcional à gravidade da conduta* e à lesão perpetrada ao bem jurídico tutelado (Recurso Ordinário nº 1.453, Acórdão de 25.2.2010, rel. Min. FISCHER, Felix. Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 5.4.2010, p. 207-209).

Aqui, o princípio endoconstitucional da proporcionalidade serve de pedra de toque para a cassação do diploma, pelo que a gravidade da infração atinente às normas de arrecadação e gasto de campanha deve ser tão grave de modo a justificar a medida extrema tomada.

E tal como na corrupção eleitoral, a violação das normas sobre arrecadação e gasto de campanha amolda-se ao conceito indeterminado de abuso de poder econômico, podendo ser a ilicitude objeto da AIME.

Pensa da mesma maneira Decomain (2004, p. 163) ao expor que *configura abuso de poder econômico*:

> [...] o emprego de recursos produtivos (bens e serviços de empresas particulares, ou recursos próprios do candidato que seja mais abastado), fora da moldura para tanto traçada pelas regras de financiamento de campanha constantes da Lei nº 9.504/1997, com objetivo de propiciar a eleição de determinado candidato.

Nesse caso, pelas razões já exaustivamente aduzidas em relação à compra de votos, sendo a prática de violação às regras de arrecadação e gasto de campanha objeto da AIME, para cassação de mandato, deve haver prova da potencialidade lesiva da irregularidade poder tisnar o resultado do pleito, pois nessa ação o bem jurídico tutelado sempre será a legitimidade e normalidade das eleições.

Por fim, no que toca à prática de condutas vedadas, dispostas no art. 73 da Lei nº 9.504/1997, veiculada, por determinação legal, por meio da AIJE, há um elemento normativo explicitado na norma ao asseverar

que condutas irregulares são aquelas que "*afetam a igualdade de oportunidades* entre candidatos nos pleitos eleitorais".

A prescrição proibitiva ganhou forma a partir da introdução da Emenda Constitucional nº 16/1997, que permitiu a reeleição do chefe do Executivo em todas as esferas de governo.

Assim, a vedação em torno dos comportamentos administrativos tem como fim, de todo jeito, assegurar a igualdade de condições entre todos os candidatos, não se permitindo a colocação da máquina pública em benefício de nenhum dos disputantes.

Antes de tudo, é bom se atentar para a correlação existente entre o abuso de poder político e as condutas vedadas aos agentes públicos, previstas no art. 73 da Lei Eleitoral, sendo estritamente linear que o descumprimento dos incisos dessa norma importa na caracterização daquele, sendo a premissa inversa com a consequente conclusão oposta.

Desse modo, à luz do Direito material, que traz proteção a bem jurídico diverso da missão inspiradora da AIJE para procedência da ação pautada na prática de conduta vedada, erigiu a jurisprudência eleitoral também o princípio da proporcionalidade como norte de julgamento:

> Recurso especial. Conduta vedada. Aplicação de multa. Pena de cassação de registro ou diploma. Princípio da proporcionalidade. Precedentes. Agravo regimental improvido. A aplicação da pena de cassação de registro ou diploma é orientada pelo princípio constitucional da proporcionalidade.
>
> (AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 26.060, Acórdão de 11.12.2007, rel. Min. PELUSO, Antonio Cezar. Publicação: *Diário da justiça* (*DJ*), Data 12.2.2008, p. 9)

De todo modo, a prática de abuso de poder político, que não qualificado como abuso de autoridade segundo a descrição do art. 73 da Lei Eleitoral, a ser perquirido por meio da AIJE, demanda, conforme a cláusula geral de seu *caput*, a presença de potencialidade lesiva do comportamento em relação ao pleito, pois a tutela primária será não a igualdade de condições, mas sim a lisura do pleito (alcance de seu resultado de maneira lícita).

Somente por argumentação, rifa-se a possibilidade de se perquirir a prática isolada de abuso de poder político no corpo da AIME, conforme a literalidade do § 10, do artigo 14, da Constituição Federal, e firme jurisprudência do TSE (evitando o denominado "armazenamento tático de fatos").

Por todo esse exposto, a depender do Direito material debelado, diante da diversidade de bem jurídico tutelado, no caso dos arts. 30-A, 41-A e 73, todos da Lei nº 9.504/1997, justifica-se, se houver o manejo da ação durante o período eleitoral (de suas fases), a mitigação da regra geral, principalmente da AIJE.

De outra forma, se perquirida a irregularidade nas cláusulas indeterminadas contidas na AIME, ajuizada após o fim de todas as fases do processo eleitoral, pela máxima efetividade da disposição constitucional, justificada pela excepcionalidade da própria ação, como o bem a se tutelar sempre será o resultado do pleito, necessária será sempre a presença de potencialidade lesiva.

5. Justificativa da potencialidade lesiva nas ações eleitorais à luz da ponderação entre princípios constitucionais pela técnica de harmonização

Com o advento da Carta Fundamental de 1988, o *leading case* que apresentou o *conceito e a delimitação da potencialidade lesiva* fora o Recurso Especial Eleitoral nº 9.145/MG, julgado em 25 de junho de 1991, de relatoria do Ministro Guerreiros, sendo importante destacar trechos do voto do Ministro Pertence, *verbo ad verbum*:

> Em favor da efetividade da norma constitucional, assumiu a Corte a delicada tarefa de construir pela jurisprudência, à falta de disciplina infraconstitucional dos institutos, a definição dos seus contornos de Direito material e processual. O caso concreto, pelos problemas que aventa, demanda a imediata fixação de alguns deles, à guisa de premissas necessárias do julgamento. A perda do mandato, que pode decorrer da ação de impugnação, não é pena, cuja imposição devesse

> resultar na apuração de crime eleitoral de responsabilidade do mandatário, mas, sim, consequência do comprometimento da legitimidade da eleição por vícios de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. O que importa é a existência objetiva dos fatos – abuso de poder econômico, corrupção e fraude – e a prova, ainda que indiciária, de sua influência no resultado do pleito.

Em primeira linha, reconheceu o TSE a previsão constitucional da coibição do abuso de poder, sendo que, à revelia de norma legal definidora do seu conceito, tal mister cabe ao intérprete da norma, em especial ao Estado-Juiz, que, a partir de cada hipótese, aplicando o direito ao caso concreto, cria norma secundária de orientação a respeito do enquadramento legal do conceito de abuso de poder.

E mais, dando interpretação conforme a Constituição, reconheceu o TSE que, por a coibição ao abuso de poder visar, em última análise, a legitimidade da eleição, sendo este o bem jurídico tutelado pela Constituição, aliou-se ao conceito de abuso a existência de potencial influência no resultado do pleito.

Sem tal pré-requisito, o bem jurídico tutelado constitucionalmente (lisura do processo eleitoral) não se qualifica, não restando violado.

Dessume-se, então, que a potencialidade lesiva está embutida no conceito de abuso de poder. No conflito entre direitos e garantias constitucionais, estando, de um lado, a coibição do abuso de poder nas eleições (art. 14, § 9º, da Carta Magna) e, do outro, a tutela da liberdade coletiva de escolha (art. 1º, parágrafo único, da Lei Fundamental), a *potencialidade lesiva*, pelo critério da *harmonização*, afigura-se como *elemento balizador da delimitação do conceito de abuso de poder*.

Sobre a boa técnica de harmonização entre princípios constitucionais, é a lição de Mendes (2012, p. 83):

> Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um. Isso, admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio ou qual seu peso numa dada situação. Não se resolvem os conflitos entre princípios,

> tomando um como exceção ao outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.

O que de fato ocorrera, com a introdução do inciso XVI, no art. 22, da Lei Complementar nº 64/1990, foi a reafirmação legal da jurisprudência eleitoral no sentido de que:

> O nexo de casualidade quanto à influência das condutas no pleito eleitoral é tão somente indiciário; não é necessário demonstrar que os atos praticados foram determinantes do resultado da competição, basta ressair dos autos a probabilidade de que os fatos se revestiram de desproporcionalidade de meios.
>
> (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 28387, Acórdão de 19.12.2007, relator: BRITTO, Carlos Augusto de Freitas. Publicação: *Diário da Justiça* (*DJ*), Volume I, Data 4.2.2008, p. 8).

Há muito o TSE vem afastando a adoção de critérios matemáticos para auferimento da potencialidade lesiva, aduzindo a sua jurisprudência que sua análise se dá de maneira abstrata, diante da verificação da gravidade da infração eleitoral, auferindo-se se efetivamente houve lesão capaz de descredenciar a legitimidade e normalidade do pleito.

Referências

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Edpro, 1996.

CUNHA, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: Jus Podvim, 2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidade*. São Paulo: Dialética, 2004.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

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

PEREIRA, Erick Wilson. *Direito Eleitoral* – Interpretação e aplicação das normas constitucionais eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

DOS CRIMES ELEITORAIS CONTRA A LIBERDADE DO VOTO: NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE[1]

CRIMES AGAINST LIBERTY OF ELECTORAL VOTE: NEED TO INCREASE THE CUSTODIAL OF LIBERTY

LUCIANO ZAMBROTA[2]

Resumo

Neste artigo, o autor analisa a quantidade das penas privativas de liberdade definidas para os crimes de que tratam os arts. 299, 300, 301 e 302 do Código Eleitoral brasileiro, com o objetivo de demonstrar que não são

[1] Artigo recebido em 22 de agosto de 2013 e aceito para publicação em 10 de setembro de 2013.

[2] Advogado. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SC.

suficientes para a reprovação penal e prevenção social dessas condutas atentatórias à liberdade do voto. Assim, defende a necessidade de majoração das respectivas sanções, para que essas normas jurídicas possam irradiar maior intimidação e, via reflexa, conferir maior proteção à democracia representativa.

Palavras-chave: Democracia representativa. Crimes contra liberdade do voto. Necessidade de prisão severa.

Abstract

In this article the author analyzes the amount of custodial sentences for the crimes set out in articles 299, 300, 301 and 302 of the Electoral Code of Brazil, with the objective to demonstrate that there are sufficient for criminal failure and prevention of these social conduct prejudicial to the freedom to vote. Thus, advocates the need to increase the relevant penalties for these legal rules can radiate greater intimidation and reflex pathway, providing greater protection to representative democracy.

Keywords: Representative democracy. Crimes against liberty of vote. Need severe prison.

1. Introdução

Recentemente, milhares de brasileiros tomaram as ruas de suas cidades para reivindicar melhorias na sociedade e na política, como denunciavam diversos cartazes ou faixas exibidas por manifestantes populares. Entre as reivindicações, a luta contra a corrupção administrativa e eleitoral.

Nesse contexto, o objetivo do presente estudo é examinar os crimes e as penas previstas nos arts. 299, 300, 301 e 302 da Lei nº 4.737, de 1965, conhecida como Código Eleitoral brasileiro, com ênfase em verificar se as penas privativas de liberdade cominadas para esses crimes são suficientes para a sua reprovação penal e prevenção social, pois visam proteger a liberdade do voto e a legitimidade das eleições.

Com isso, espera-se colaborar, no campo da ação teórica, com esse momento de reflexão e transformação das instituições brasileiras, que perpassa pelo aprimoramento da legislação de combate à corrupção eleitoral, sem o que não haverá melhoria significativa da política e, por conseguinte, da gestão do Estado e dos interesses públicos a ele afetados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2. Dos crimes e das penas previstos nos arts. 299, 300, 301 e 302 do Código Eleitoral de 1965

2.1. Primeiro enfoque: definição legal das condutas criminais e das penas privativas de liberdade cominadas

Em primeiro lugar, é necessário transcrever a redação legal dos crimes e penas definidos nos arts. 299, 300, 301 e 302 do Código Eleitoral para melhor compreensão das condutas criminais e das respectivas penas cominadas pela legislação penal eleitoral vigente:

> Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:
>
> Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.
>
> Art. 300. Valer-se o servidor público da sua autoridade para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido:
>
> Pena – detenção até seis meses e pagamento de 60 a 100 dias-multa.
>
> Parágrafo único. Se o agente é membro ou funcionário da Justiça Eleitoral e comete o crime prevalecendo-se do cargo, a pena é agravada.
>
> Art. 301. Usar de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido, ainda que os fins visados não sejam conseguidos:

> Pena – reclusão de até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.
>
> Art. 302. Promover, no dia da eleição, com o fim de impedir, embaraçar ou fraudar o exercício do voto, a concentração de eleitores, sob qualquer forma, inclusive o fornecimento gratuito de alimento e transporte coletivo:
>
> Pena – reclusão de quatro (4) a seis (6) anos e pagamento de 200 a 300 dias-multa.

Entre esses delitos penais, é fácil perceber que o legislador de 1965 elegeu como de maior gravidade o crime previsto no art. 302 do Código Eleitoral, haja vista que a pena mínima privativa de liberdade cominada para esse crime é de *quatro anos* e a máxima é de *seis anos* de reclusão[3], além do pagamento de multa.

Referida sanção penal é bem superior à pena privativa de liberdade prevista para o crime de uso de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido político, cuja pena privativa de liberdade é de até quatro anos de reclusão, a teor do art. 301 do Código Eleitoral.

É estranho que o uso da violência ou de grave ameaça com o fim de obter vantagem eleitoral seja menos reprovável que a concentração de eleitores, conduta criminal que não expõe pessoas ou eleitores a risco, violência ou grave ameaça, muito embora mereça séria reprovação qualquer conduta tendente a impedir, embaraçar ou fraudar o exercício do voto.

Outro motivo que causa perplexidade diz respeito à quantidade máxima da pena privativa de liberdade definida para o crime previsto no art. 300 do Código Eleitoral – *que se configura quando o servidor público se vale da sua autoridade para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido político*, com cominação de pena de detenção de *até seis meses*, exceto quando se tratar de servidor da Justiça Eleitoral, hipótese em que haverá agravamento da sanção.[4]

---

[3] Conforme o art. 33, primeira parte, do Código Penal: "A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado".

[4] Art. 285 do Código Eleitoral: "Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime".

Destarte, ver-se-á que, nos crimes contra a liberdade de voto de que tratam os arts. 299, 300 e 301 do Código Eleitoral, dificilmente haverá cumprimento de pena em regime prisional fechado. Aliás, na maior parte das vezes, os acusados ou condenados pela prática desses crimes não precisarão cumprir pena privativa de liberdade por razões legais e processuais que serão examinadas a seguir.

2.2. Segundo enfoque: as regras processuais penais aplicáveis às penas privativas de liberdade em geral

De acordo com os arts. 287 e 364 do Código Eleitoral, são aplicáveis aos crimes eleitorais, como leis subsidiárias ou supletivas, as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal, em especial quando regulam o processo de julgamento e posterior fase de execução das penas privativas de liberdade impostas aos crimes eleitorais que são objeto de exame neste estudo – ou a qualquer outro delito penal eleitoral.

Com técnica legislativa incomum, o Código Eleitoral de 1965, por seu art. 284, previu que "*sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão*" (grifo nosso). Assim, as penas mínimas de privação de liberdade para os crimes previstos nos arts. 299 e 301 do Código Eleitoral correspondem, em ambos os casos, a um ano de reclusão, ao passo que a pena mínima privativa de liberdade definida para o crime do art. 300, do mesmo Código, será de apenas 15 dias de detenção.

Com relação ao crime definido pelo art. 300 do Código Eleitoral, vale registrar que se trata de crime de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que estabelece como infração penal de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos. Por consequência, será possível ao acusado e servidor público aceitar proposta de transação e de aplicação imediata de *pena não privativa de liberdade*, acontecimento processual que afastará o cumprimento de pena em regime de prisão.

No tocante aos crimes previstos nos arts. 299 e 301 do Código Eleitoral, ambos com penas máximas de reclusão de até quatro anos, assevere-se que os condenados por esses crimes não cumprirão pena em regime prisional fechado[5]. É que, como essas sanções, em tese, não ultrapassam *oito* anos de reclusão, os eventuais condenados, não reincidentes, poderão iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, a teor do disposto nas alíneas *b* e *c* do § 2°, do art. 33, do Código Penal, que asseveram:

> Art. 33 [...].
>
> § 2° [...]:
>
> b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
>
> c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regimento aberto.

Apenas para registro, informe-se que a lei considera como "regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar", locais onde o "condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno", com admissão de trabalho externo e permissão para frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, nos moldes dos arts. 33, § 1º, alínea *b*, e 35, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal.

De outro lado, no regime aberto, a execução da pena privativa de liberdade se dará em casa de albergado ou estabelecimento adequado, conforme preceitua a alínea *c*, do § 1º, do art. 33, do Código Penal. Ademais, esse regime de cumprimento de pena é baseado "na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado", que, fora desses estabelecimentos e sem a vigilância estatal, deverá trabalhar, frequentar

[5] De acordo com a alínea *a*, do § 1º, do art. 33, do Código Penal: "Considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média". As demais regras gerais desse regime, para conhecimento básico, são: "o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno"; "o trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução de pena"; "o trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas", conforme prescrevem os §§ 1º, 2º e 3º, do art. 34, do CP.

cursos ou exercer outras atividades autorizadas pelo juiz da execução penal, com a obrigação de recolhimento ao estabelecimento penal respectivo durante o período noturno e nos dias de folga, na forma do art. 36, § 1º, do Código Penal.

Também quanto aos crimes descritos nos arts. 299 e 302 do Código Eleitoral, mencione-se que, quando for aplicada pena privativa de liberdade não superior a *quatro* anos de reclusão, será cabível a substituição dessa pena corporal por penas restritivas de direitos, que são: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fim de semana[6]. A respeito dessa substituição de penas, conforme o art. 44, incisos I, II e III do Código Penal, são requisitos necessários à sua aplicação:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
>
> I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
>
> II – o réu não for reincidente em crime doloso;
>
> III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Finalmente, considerando que vigora no Direito Penal pátrio a regra processual que assenta que, na ausência de circunstâncias agravantes ou causas especiais de aumento, devem as penas privativas de liberdade ser fixadas em seu grau mínimo, sempre será possível a aplicação do disposto nos arts. 54 e 77 do Código Penal. Daí que, conforme o art. 54 daquele código, as penas privativas de liberdades *fixadas em quantidade inferior a um ano* poderão ser substituídas por penas restritivas de direitos, que impedem cumprimento de pena em regime de prisão, situação que poderá ocorrer nas hipóteses dos crimes tipificados nos arts. 299 e 301 do Código Eleitoral.

---

[6] Conforme a redação legal do art. 43, incisos I a VI, do Código Penal.

Já o art. 77 do Código Penal permite a suspensão da execução da pena privativa de liberdade aplicada pela Justiça Eleitoral mediante o cumprimento de condições estabelecidas pelo juiz[7] e sempre que referida pena não for superior a *dois anos* ou, sendo maior, não ultrapasse *quatro anos*, em se tratando de condenado maior de 70 anos de idade ou caso haja razões de saúde que justifiquem a suspensão da execução da sanção penal, atendidos os critérios contemplados nos incisos I a III, do art. 77 do Código Penal, a saber:

> I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;
>
> II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
>
> III – não seja indicada ou cabível a substituição prevista no artigo 44 deste Código [Penal].

Desse modo, diante da previsão de penas de prisão mínimas ou máximas que gravitam *de 15 dias até seis meses* para a hipótese do crime definido no art. 300 do Código Eleitoral, ou *de um ano até quatro anos* para os crimes contemplados nos arts. 299 e 301, ou, ainda, *de quatro anos até seis anos*, no caso do crime tipificado no art. 302, todos do Código Eleitoral, entende-se que referidas penas privativas de liberdade cominadas para esses crimes não são suficientes para a sua reprovação penal e prevenção social, pois não são severas ou condizentes com a excepcional gravidade dos delitos, tanto que dificilmente importarão em cumprimento de pena em regime de prisão inicialmente fechado.

---

[7] Art. 78, §§ 1º e 2º, do Código Penal: "Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. § 1º No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (artigo 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (artigo 48). § 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do artigo 59 deste código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: a) proibição de frequentar determinados lugares; b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades".
Art. 79, do Código Penal: "A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado".

3. Da proposta de revisão dos crimes eleitorais iniciada no ano de 2005 por impulso do Tribunal Superior Eleitoral

Em artigo intitulado "A revisão dos crimes eleitorais e seu processo", o professor e advogado René Ariel Dotti (2010, p. 1) informa que tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 380, de 2005, com o fim de promover revisão e atualização dos crimes eleitorais e seu respectivo processo de julgamento, bem como de aprimorar o sistema de prestação de contas pelos partidos políticos. Conforme esclarece Dotti, o texto final do anteprojeto de lei, do qual foi redator e relator, e que deu origem ao PLS nº 308/2005, ainda contou com os esforços de uma comissão de juristas e técnicos da administração pública, instituída no ano de 2005 por ato do então presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Ministro Carlos Velloso.[8]

Ainda de acordo com o advogado, referido anteprojeto de lei de revisão dos crimes eleitorais foi remetido ao Congresso Nacional pelo Ministro Carlos Velloso no mês de novembro de 2005. No Senado Federal, o anteprojeto foi convertido no Projeto de Lei nº 384, assinado pelo Senador Renan Calheiros, onde também sofreu alterações em razão de substitutivo apresentado pelo ex-senador Demóstenes Torres, quando do exame da matéria no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Apesar de referido projeto de lei ter sido arquivado no início do ano de 2011[9], a iniciativa de revisão dos crimes eleitorais precisa voltar à pauta legislativa do Congresso Nacional, porque é notória a necessidade de revisão e atualização dos crimes eleitorais, bem como de suas penas e do respectivo processo de julgamento. O desafio legislativo se justifica em face da excepcional gravidade dos crimes eleitorais, como bem ponderou Dotti (2010, p. 2-3):

---

[8] Confira mais em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/5_reforma_eleitoral.pdf>.

[9] Confira essa informação no sítio ofício do Senado Federal, seção tramitação, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=75981>. Acesso em: 1 ago. 2013.

> Muitos ilícitos penais praticados no universo do sistema eleitoral revelam gravidade ofensiva muito maior que a grande maioria dos delitos previstos no Código Penal e leis especiais. Essa constatação resulta da pluralidade dos bens jurídicos afetados e da densidade das ofensas. A coação para a obtenção do voto, a falsificação de documentos e interesse eleitoral, a ofensa à honra, durante a campanha e outras modalidades típicas dos crimes submetidos à jurisdição eleitoral (próprios ou impróprios), revelam consequências danosas de maior repercussão social, mesmo quando, previstos somente no Código Penal e leis especiais, atentem contra bens e interesses coletivos (incolumidade, administração pública etc.).

Ocorre que os crimes tipificados nos arts. 299, 300, 301 e 302, todos do Código Eleitoral brasileiro, *cujas penas privativas de liberdade não são severas*, não sofreriam muitas alterações legislativas, possivelmente, porque os envolvidos na elaboração do anteprojeto de lei e posterior PLS nº 389, de 2005, não identificaram a necessidade de majoração das penas privativas de liberdade definidas para aqueles crimes.

Contudo, esse assunto enseja maior debate e reflexão, em que pese o respeito ao cabedal intelectual daqueles juristas, pois é difícil convir que seja possível assegurar a plena liberdade do voto se o sistema penal eleitoral vigente pouco reprova as condutas criminais contrárias a esse ideal político e jurídico, sem dúvida alguma, de importância capital para a validade e legitimidade da democracia representativa instituída pelos constituintes brasileiros de 1988.

4. Da necessidade de revisão e majoração das penas privativas de liberdade para os crimes previstos nos arts. 299, 300, 301 e 302 do Código Eleitoral

Inicialmente, relembre-se de que, até o início do ano de 2006, a legislação eleitoral brasileira considerava como gastos eleitorais a confecção, aquisição e distribuição de camisetas, chaveiros e *outros brindes de campanha eleitoral*, os quais podiam, sem o menor pudor ou constrangimento, ser oferecidos a qualquer cidadão ou pessoa interessada (conforme a redação revogada do inciso XIII, do art. 26, da Lei nº 9.504, de 1997). Por outro lado, a legislação eleitoral considerava como crime

a conduta de dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva *ou qualquer outra vantagem* para obter ou dar o voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não fosse aceita (art. 299 do Código Eleitoral).

Havia evidente conflito ético entre normas jurídicas até que, a partir da aprovação da Lei nº 11.300, de 10.5.2006, prevaleceu a vedação de qualquer conduta consistente em dar, oferecer, prometer ou receber qualquer vantagem, para obter ou dar voto ou abstenção, ainda que não haja consumação da conduta.

Porém, o ordenamento jurídico penal eleitoral continua carente de eficácia punitiva e preventiva contra os atos criminosos de compra de voto ou atentatórios à liberdade do voto, sobretudo quando tais condutas são praticadas com violência ou por servidores públicos.

As razões dessa perniciosa tolerância são históricas e se relacionam com as práticas e concepções filosóficas do tempo político e social em que o Brasil se tornou uma colônia de Portugal. No artigo "Favor e corrupção – algumas reflexões éticas", o professor Roberto Romano (2013, p. 16) explica que o absolutismo era a forma estatal predominante nas sociedades políticas quando o Brasil foi assumido como uma colônia de Portugal. Nessa época, leciona Romano:

> O Estado depende da sociedade que o envolve e a ética domina as formas sociais. Um lado relevante da ética – a ordem dos costumes – é a reiteração e o automatismo das posturas corporais e dos valores. Agir segundo um modelo aprendido é próprio da ética. A ordem social brasileira segue o favor, obstáculo que impede a autonomia dos eleitores e, de outro lado, distorce a vida parlamentar, a efetividade do Executivo nos projetos públicos e, mesmo, a jurisdição. O favor impõe limites para os elos igualitários na vida pública. No mercado, nos partidos, nas igrejas ou seitas religiosas, o favor define espaços de troca que tornam os programas políticos irrelevantes.

Esses costumes absolutistas ainda estão presentes na sociedade política brasileira da atualidade. Nesse sentido, complementa Romano (2013, p. 21): "Semelhanças entre as práticas absolutistas e as que imperam em nossos dias, na política brasileira: a determinação mais

evidente e danosa é a da troca de favores na sociedade e na administração pública".

Nas campanhas eleitorais dos tempos atuais, trocas de favores são de fácil constatação e geram efeitos extremamente danosos à sociedade política. Na ausência de penas severas, as condutas contra a liberdade do voto estão longe de serem extintas ou extirpadas satisfatoriamente do processo eleitoral. Como uma doença degenerativa fora de controle, a corrupção eleitoral aniquila a vida da democracia, pois subtrai a legitimidade e a pureza das eleições, que ficam subjugadas ao poder do dinheiro e expostas aos efeitos sociais deletérios da fraude eleitoral.

Por isso, uma tentativa para corrigir esses problemas consistiria na previsão de penas privativas de liberdade mais severas para os crimes definidos nos arts. 299, 300, 301 e 302 do Código Eleitoral, tal como já ocorre com o crime de extorsão tipificado no art. 158 do Código Penal.

Com efeito, é pertinente tal comparação, principalmente em razão da semelhança existente entre as condutas de extorsão e de compra de voto ou de coação com finalidade eleitoral. Nesse sentido, veja-se que o Código Penal define como crime de extorsão a conduta de:

> Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:
>
> Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

De modo semelhante, os arts. 299 a 302 do Código Eleitoral também consideram como crimes atos que importam em coação, uso de violência ou de grave ameaça ou, ainda, na violação da liberdade individual de outrem, porém com a finalidade de obter vantagem eleitoral e não vantagem econômica, como se dá no caso do crime de extorsão previsto no art. 158 do Código Penal.

Para coibir referida conduta, o Código Penal fixou uma pena privativa de liberdade severa e elevada, em tese condizente com o propósito de repressão e prevenção social do crime de extorsão. O mesmo não ocorreu com as penas de prisão fixadas para os crimes contra a liberdade

de voto de que tratam os arts. 299 a 302 do Código Eleitoral que, por serem extremamente insignificantes, não ostentam idêntico caráter ou efeito repressivo e preventivo contra os crimes que pretendem coibir.

Outrossim, é necessário que as normas penais eleitorais protejam a liberdade do voto com o mesmo rigor e severidade punitiva que a norma penal protege o patrimônio particular e a liberdade individual da pessoa, porque os bens tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio não são mais importantes que a liberdade do voto, a qual, aliás, é um bem jurídico de caráter fundamental. Nessa senda, são atuais as lições de José de Alencar (1868, p. 75-77):

> O voto não é, como pretendem muitos, um direito politico, é mais do que isso, é uma fracção da soberania nacional; é o cidadão. [...] Empregando pois o termo juridico em sua primitiva accepção, o voto exprime a *pessoa politica*, como outr'ora a propriedade, foi a *pessoa civil*; isto é, uma face da individualidade, a face collectiva. [...] Levantar sombra de duvida sobre o caracter fundamental destas disposições organicas do systema representativo é desconhecer não só o mechanismo do governo, como também os mais triviaes preceitos da logica. Os poderes e direitos politicos derivão sempre e infallivelmente do voto e dependem delle. Pelo voto pódem ser restringidos; pelo voto ampliados. Não se toca em alguns destes pontos, que não se toque necessariamente no voto, pois os abrange á todos, como a fibra dessa membrana, que se chama soberania [mantida a ortografia original da obra].

Sem dúvida que a compra de voto ou o voto obtido por interferência da fraude ou da coação são agressões contra toda a sociedade política. Atingem a todos os cidadãos como parte integrante da soberania nacional. Depois, esses tipos de crimes eleitorais ainda prejudicam a gestão futura do Estado, na medida em que os eleitos à base desses expedientes utilizarão os recursos financeiros do Estado para novas trocas de favores e compra de apoio eleitoral nas eleições seguintes.

É para romper com esses costumes políticos que se defende o agravamento das penas privativas de liberdade para as condutas criminosas descritas nos arts. 299, 300, 301 e 302 do Código Eleitoral, porque urge que tais crimes recebam tratamento penal severo e rigoroso,

especialmente com regras processuais que efetivem o cumprimento de pena em regime de prisão corporal inicialmente fechado.

Os crimes contra a liberdade do voto são mais graves que o crime de extorsão. Ofendem a ordem política e social, pois subtraem a legitimidade e a verdade do processo eleitoral afetado. Ao exemplo do crime de extorsão, que protege a liberdade patrimonial e individual, aqueles crimes eleitorais também devem prever penas privativas de liberdade elevadas. Atualmente, as penas previstas para os crimes eleitorais contra a liberdade do voto não produzem mínimo efeito de intimidação social. A importância da intimidação da norma penal é destacada pelo penalista alemão Franz Von Liszt (1899, p. 98-99):

> Advertindo e intimidando, a *cominação penal* acrescenta-se aos preceitos imperativos e prohibitivos da ordem jurídica. Ao cidadão de intenções rectas, ella mostra, sob a forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados ella poe em perspectiva, como consequência do acto injuridico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso ás tendências criminosas [foi mantida a ortografia da obra].

Para o regular funcionamento da democracia representativa, é salutar que crimes como os definidos nos arts. 299, 300, 301 e 302 do Código Eleitoral brasileiro cominem penas privativas de liberdade severas, elevadas e que importem em cumprimento de pena em regime fechado de prisão, para irradiar a toda a sociedade política a certeza da punição estatal exemplar e rigorosa. Sem uma resposta penal firme do Estado para os atos que atentam contra a democracia, será difícil assegurar, em níveis satisfatórios, a liberdade do voto e a legitimidade das eleições, especialmente na sociedade brasileira, que ainda se ressente da sua herança absolutista.

Conclusão

Em razão do exposto, entende-se que as penas privativas de liberdade previstas para os crimes definidos nos arts. 299, 300, 301 e 302, todos do Código Eleitoral de 1965, não são suficientes para sua reprovação e prevenção social, uma vez que não dispensam tratamento penal

rigoroso e severo contra crimes que atentam de uma só vez contra a liberdade de voto e a legitimidade do regime democrático representativo. Na ausência de previsão de penas privativas de liberdade que importem em cumprimento de pena em regime de prisão, os cidadãos e políticos desonestos não se sentem intimidados ao ponto de abandonarem expedientes que favorecem o dinheiro ou a força da violência em detrimento do voto livre e independente.

Desse modo, conclui-se que é necessária a majoração das penas privativas de liberdade para os crimes eleitorais definidos nos arts. 299, 300, 301 e 302 do Código Eleitoral brasileiro, para que suas penas corporais sejam severas a exemplo da pena cominada para o crime de extorsão, previsto no art. 158 do Código Penal, que prevê pena privativa de liberdade bastante elevada, embora os bens juridicamente protegidos por essa norma penal não constituam bens jurídicos mais significativos ou relevantes que a liberdade do voto e a legitimidade das eleições – bens jurídicos coletivos de supremacia superior ao patrimônio e à liberdade individual.

Do contrário, ainda será mais vantajoso para aqueles cidadãos carentes do espírito democrático e republicano recorrer às velhas e modernas práticas de compra e/ou atentatórias à liberdade do voto, porque são factíveis a impunidade e a pouca reprovação penal desses crimes eleitorais pelo ordenamento jurídico pátrio, embora sejam delitos hediondos contra a pureza e verdade do voto e a legitimidade da democracia representativa.

Referências

ALENCAR, José de. *O systema representativo*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1868, 205 p., il. Acervo público digital da Brasiliana USP. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/bbd/handle/1918/00015600#page/1/mode/1up>. Acesso: em 1 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 18 ago. 2013.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Legislativo, DF, 1 out. 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006. Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Poder Legislativo, DF, 11 maio 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11300.htm >. Acesso em: 18 ago. 2013.

CALHEIROS, Renan. Projeto de Lei do Senado nº 389, de 24 de novembro de 2005. Senado Federal, DF, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=36161&tp=1>. Acesso em: 18 ago. 2013.

DOTTI, René Ariel. A revisão dos crimes eleitorais e seu processo: notas ao Projeto de Lei do Senado nº 389 (Substitutivo) de 2005. *Paraná Eleitoral*, Curitiba, v. 1, n. 72, 2010. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-revista-parana-eleitoral-n072-2010-rene-ariel-dotti>. Acesso em: 18 ago. 2013.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. 1899, v. 1, il. Acervo público digital da Biblioteca Digital Jurídica - STJ. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2013.

ROMANO, Roberto. Favor e corrupção – Algumas reflexões éticas. *Interesse Nacional*, São Paulo, ano 5, n. 20, jan.-mar. 2013. Disponível em: <http://interessenacional.uol.com.br/site/wp-content/uploads/2013/05/revista-interesse-nacional-edicao-20.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2013.

TORRES, Demóstenes. Parecer [sem numeração] de 2009. *Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal*, DF, 2009. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/55414.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Reforma eleitoral: delitos eleitorais, prestação de contas (partidos e candidatos), propostas do TSE*. Brasília: SDI, 2005. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/5_reforma_eleitoral.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2013.

INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E A DISPONIBILIDADE DOS MANDATOS ELEITORAIS[1]

THE POLITICAL PARTY INFIDELITY AND THE AVAILABILITY OF THE ELECTORAL MANDATES

VINÍCIUS QUINTINO DE OLIVEIRA[2]

Resumo

O presente trabalho trata do problema da insegurança jurídica existente nos procedimentos que circundam o tema da infidelidade partidária. Pretende-se demonstrar como os partidos políticos e candidatos têm se adaptado à lacunosa legislação vigente e à constante alteração jurisprudencial. Diante da indefinição quanto à natureza jurídica do mandato eletivo – frente à disponibilidade ou não do cargo público –,

[1] Artigo recebido em 8 de julho de 2013 e aceito para publicação em 20 de agosto de 2013.

[2] Bacharel em Direito, especialista em Direito Público, pesquisador bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (Fapemig). Analista judiciário do TRE/AP.

as agremiações partidárias criaram uma forma de desfiliação partidária não prevista na Resolução-TSE nº 22.610/2007. O que se denomina aqui cláusula supralegal de desfiliação partidária garante o desligamento do mandatário ao partido político sem a perda do mandato eletivo. A pesquisa bibliográfica analisou legislação, doutrina e decisões judiciais afins ao tema proposto. Após o estudo intertextual das obras jurídicas, conclui-se que somente uma definição legislativa plena será capaz de garantir o mínimo de segurança jurídica quando o tema envolver a fidelidade partidária e a perda de mandato eletivo.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Fidelidade. Partidos políticos.

Abstract

This study will examine the problem of legal uncertainty existing in the procedures that surround the issue of party loyalty. We intend to demonstrate how political parties and candidates have adapted to legislation and jurisprudence constantly changing. Given the uncertainty regarding the legal nature of elective office – opposite the availability or not of public office – the partisan associations have created a form of disaffiliation party is not envisaged in Resolution-TSE nº 22.610/2007. What is termed here disaffiliation clause supralegal party, guarantees the termination of the agent to the political party without the loss of elective office. The research will be bibliographic, and analyze legislation, doctrine, judicial decisions related to the theme. After intertextual study of legal works intended to conclude that only a full legislative definition will be able to guarantee a minimum of legal certainty when the topic involves party loyalty and loss of elective office.

Keywords: Legal uncertainty. Fidelity. Political parties.

1. Introdução

O atual contexto de regulamentação das situações de infidelidade partidária no Brasil é tema que coloca em xeque a lógica formal do

pensamento jurídico, exigindo reflexões mais profundas dos operadores do Direito.

É comum, ao tocar em questões como essa, ressurgir a crítica ao positivo, segundo o qual os dogmas da completude e coerência não são capazes de explicar toda a complexidade das interações sociais.

Seguindo a linha de Ronald Dworking, é possível dizer que a ideia de prever em um único padrão normativo e estático toda a complexidade e contingência das relações intersubjetivas é tarefa praticamente impossível. (DWORKIN, 2007).

Nesse sentido, o tratamento dado à questão da infidelidade partidária reflete o grau de falibilidade das regras atuais vigentes, haja vista envolverem questões ainda não muito bem definidas (como a dicotomia entre o direito público e o direito privado, a repartição de funções constitucionais, a atuação do Ministério Público, além de outras tantas de cunho estritamente processual).

Historicamente, o debate sobre fidelidade partidária no Brasil nasceu de uma característica muito peculiar da política nacional: o tradicional *abuso do poder político*. Episódios envolvendo a migração partidária foram tão escandalosos que causaram desconforto em toda a sociedade.

Guimarães (2002, p.14) conta que "Na edição do dia 29 de julho de 2002 do Jornal da Globo (Rede Globo de Televisão), foi noticiado que pelo menos dois deputados federais trocaram de partido, somente na atual legislatura, de cinco a seis vezes. Constatou-se, ainda, que, no mesmo período, houve 265 mudanças de filiação partidária entre os parlamentares".

Melo (2004) acrescenta que quase 30% dos deputados federais eleitos entre 1985 e 2002 abandonaram os partidos pelos quais disputaram a eleição. Essa proporção, na legislatura 2003-2006, aumentou para mais de um em cada três deputados federais.

A resposta imediata a essa conjuntura veio por parte dos tribunais superiores – episódio que, por sinal, culminou com um dos maiores exemplos de *ativismo judicial* já vistos no Direito brasileiro. Em resposta à Consulta nº 1.398, de 27 de março de 2007, formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a Resolução-TSE nº 22.610/2007, pretendendo regulamentar todo o problema da fidelidade partidária.

Assim, o TSE fixou, por resolução própria e em apenas 13 artigos, a competência, o procedimento, a legitimação e as sanções ao ato de se desligar do partido político sem justa causa. Ao arrepio da Lei nº 9.096/1995, o TSE foi além da competência regulamentar administrativa e criou um verdadeiro *regime de desfiliação partidária*. A Resolução-TSE nº 22.610/2007 tratou de questões práticas extremamente problemáticas, como a prova de *culpa* ou *justa causa* para determinado mandatário deixar a agremiação pelo qual se elegeu.

Peculiar à pressa, em pouco tempo, a referida resolução foi alvo de inúmeras críticas doutrinárias que apontaram, dentre outros problemas, a falibilidade do sistema de filiação adotado no Brasil.

2. Conceito de fidelidade partidária

Fidelidade – do latim *fidelitas* ou *fiidelitate* – sempre esteve ligado à proteção da confiança e ao respeito à segurança jurídica. Para os gramáticos, o vocábulo fidelidade sintetiza as virtudes exigidas de qualquer indivíduo que se aventura na vida pública: "[Do lat. *fidelitate*.]; substantivo feminino; qualidade de fiel; lealdade, constância, firmeza, nas afeições, nos sentimentos; perseverança; observância rigorosa da verdade; exatidão" (AURÉLIO, 2013).

No Direito Eleitoral, o conceito doutrinário de fidelidade partidária pode ser entendido como a "lealdade a um partido; observância ao programa partidário e às decisões tomadas em suas instâncias deliberativas (convenção, diretórios, executivas, etc.) pelos filiados em geral e, sobretudo, por seus membros com assento no Parlamento ou na chefia do Executivo" (FULGÊNCIO, 2007, p. 242).

Nas palavras de Farhat (1996, p. 423), fidelidade "[...] consiste na adesão intelectual do membro do partido – filiado ou representante eleito, no governo, no Congresso, nas assembleias legislativas estaduais ou nas câmaras municipais – à filosofia do partido, sua concepção de sociedade e dos métodos, caminhos e meios para realizar suas ideias a esse respeito". Por decorrência lógica, a infidelidade partidária seria o desrespeito às orientações e às ideologias partidárias, previamente aceitas no momento de ingresso nos quadros do partido.

A legislação é omissa quanto ao conceito de fidelidade partidária.

O art. 17, § 1º, da Constituição da República de 1988, dispõe que o estatuto dos partidos deve estabelecer as normas de fidelidade partidária.

A Lei nº 9.096/1995, Lei Orgânica dos Partidos Políticos (LOPP), dispõe apenas, em seu art. 24, 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."

O art. 26 da LOPP – que mais se aproxima da noção de fidelidade partidária – acrescenta unicamente que "[...] perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito." Contudo, não define a dimensão semântica do instituto.

O TSE, por sua vez, adota a posição prevista na Resolução-TSE nº 22.610/2007, segundo a qual *infidelidade partidária* é o ato de se desligar de um partido político sem justa causa. Para a corte eleitoral, apenas nos casos de: i) incorporação ou fusão do partido; ii) criação de um novo partido; iii) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; e iv) grave discriminação pessoal, o mandatário poderia desligar-se do partido sem perder o mandato.

Obviamente que a posição adotada pelo TSE foi a de privilegiar as agremiações políticas em prol da figura individual do candidato,

entendendo que uma democracia verdadeiramente representativa exige maior integração popular na vida dos partidos.

3. A quem pertence o mandato eletivo?

Abordar o tema da disponibilidade da representação popular sempre exigiu resposta à indagação: a quem pertence o mandato eletivo? Responder a tal provocação não é tarefa fácil, sobretudo por estar ligada aos pilares do princípio democrático.

Em primeiro lugar, deve-se compreender a natureza jurídica do mandato eletivo. A impossibilidade de adoção da democracia direta para se administrar o Estado tornou inevitável o recurso à democracia representativa. Dentre seus pensadores, é possível extrair três correntes doutrinárias distintas que se propuseram a fundamentar a natureza jurídica do mandato eletivo: a teoria do mandato imperativo, a teoria do mandato representativo e a teoria do mandato partidário. (AIETA, 2006).

A primeira, tratada ainda na obra de Rousseau, teria surgido da noção de contrato de mandato do direito privado. Por influência das corporações de ofício e da burguesia, o mandato era entendido como o cumprimento rigoroso dos poderes outorgados pelos mandantes – no caso, o povo – que, por sua vez, seria o único soberano. No mandato imperativo, o mandatário não detinha qualquer poder sobre as decisões a serem tomadas, sendo a democracia exercida de forma praticamente direta.

Para a segunda teoria, originária da Constituição francesa de 1791, o mandato seria um instituto eminentemente de direito público. Buscaram os defensores do mandato representativo garantir maior agilidade nas decisões políticas. Para eles, o representante eleito deve gozar da autonomia necessária para o exercício do mandato que lhe fora outorgado, livre de interferências na sua atuação como representante do povo.

A terceira teoria, por sua vez, defende o mandato como o exercício de um poder partidário. Essa noção surge juntamente com a ideia de democracia partidária, defendendo que somente com a introdução dos

partidos políticos é que seria possível aproximar o exercício do mandato e a vontade real da nação.

Na evolução democrática brasileira, é possível encontrar resquícios das três teorias.

Até meados de 2007, o mandato eletivo foi entendido como uma garantia pessoal do parlamentar, de modo que, uma vez eleito, não seria necessário guardar ampla relação com as orientações partidárias. Nesse período, a alternância de partidos políticos era compreendida como mera faculdade do mandatário eleito. Essa posição foi por inúmeras vezes ratificada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a exemplo: no julgamento do Mandado de Segurança nº 209.275, o relator, Ministro Moreira Alves, afirmou: "Na atual Constituição, não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que tem permitido a mudança de partido por parte dos deputados sem qualquer sanção jurídica e, portanto, sem perda do mandato".

Em 2007, após a confirmação da constitucionalidade da Resolução-TSE nº 22.610/2007 (ADIs nºs 3.999 e 4.086), pelo Supremo Tribunal Federal, restou decidido que o mandato não pertencia mais ao candidato, sendo, na realidade, uma garantia partidária. Desde então, foi pacificada a ideia de que o mandato pertence aos partidos e não aos candidatos eleitos.

Contudo, há que se fazer uma ressalva – correção a uma distorção linguística histórica: não se pode confundir a titularidade do direito com sua capacidade de exercício. O exercício do mandato compete ao candidato escolhido pelo voto popular, que, por sua vez, deve sempre estar conciliado com os objetivos partidários.

Melhor seria a posição de Silva (2008, p. 1):

> Por primeiro, impõe-se desfazer um equívoco na elaboração da mídia quando fala que o mandato é do partido e não do candidato. Não é bem isto. O mandato, na verdade, é do povo, seu outorgante, que detém o poder do sufrágio e do voto, no comando da República (CF/88, art. 14, *caput*). É mesmo inconcebível negar a origem e titularidade do mandato popular. Quem o faz nega a própria soberania

> popular, que os constituintes de 88 erigiram, com outros (inc. I do art. 1º), como princípio fundamental do Estado democrático de direito.

No modelo representativo brasileiro, se todo o poder emana realmente do povo (art. 1º, parágrafo único da CR/1988), não resta dúvida de que ao povo pertence a titularidade do mandato. O exercício do mandato seria, assim, uma espécie de múnus público condicionado, ou seja, para a atuação parlamentar são conferidos poderes e prerrogativas pessoais, porém tal exercício deve ser leal à orientação popular expressa pelo partido político.

Nesse viés, acrescenta Cléve (2012, p. 163):

> No Brasil, portanto, é possível afirmar que o exercício do mandato decorre dos poderes conferidos pela Constituição, capazes de garantir a autonomia do mandatário que vai sujeitar-se aos ditames de sua consciência, ao programa partidário e às diretrizes legítimas estabelecidas pelo partido através de órgão competente. O mandato, portanto, compondo espécie de condomínio, é, a um tempo, do partido e do parlamentar, ou melhor, é do parlamentar em função do partido, sendo certo que o representante eleito, observado o estatuto e programa partidários, assim como as diretrizes estabelecidas com base neles, mantendo lealdade, exerce-o com ampla margem de liberdade.

É por esse motivo que o STF e o TSE entenderam ser possível pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa, visando restabelecer o mandato ao partido interessado.

4. Após a perda do mandato, quem assume o cargo vago?

Segundo o art. 10 da Resolução-TSE nº 22.610/2007: "Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que empossе, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias". O suplente é aquele candidato que, apesar de não ser eleito,

figura nas listas da Justiça Eleitoral como o mais votado na ordem sucessória do cargo. É o substituto do candidato eleito no caso de vacância.

Nos termos do art. 112 do Código Eleitoral:

> Considerar-se-ão suplentes da representação partidária:
> I – os mais votados sob a mesma legenda e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos;
> II – em caso de empate na votação, na ordem decrescente da idade.

Sendo assim, o que caracteriza a situação de suplência é a posição em que determinado candidato ficou na eleição a que concorreu, estando declarada no ato de diplomação dos eleitos.

Dispõe o art. 215, e parágrafo único, do Código Eleitoral que:

> Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo presidente do Tribunal Superior, do Tribunal Regional ou da junta eleitoral, conforme o caso". Parágrafo único: "do diploma deverá constar o nome do candidato, a indicação da legenda sob a qual concorreu, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do tribunal.

A diplomação, segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ – RMS 16727/PR), é o "ato jurisdicional declaratório através do qual a Justiça Eleitoral credencia os candidatos eleitos e, conforme o caso, seus suplentes, habilitando-os a tomar posse, ou seja, a assumir e exercer os respectivos mandatos eletivos". Ou seja, a diplomação é o ato formal e solene segundo o qual a Justiça Eleitoral diz aos demais poderes públicos quem são os candidatos eleitos, bem como a ordem de suplência.

Ocorre que essa diplomação – diante do complexo regime das coligações partidárias – acaba seguindo duas ordens distintas ao mesmo tempo. Isto é, determinado candidato, ao ser diplomado, recebe sua ordem de classificação na lista do partido e na lista da coligação. Isso porque, na formação do quociente partidário, o número de votos dados à coligação influencia no número de cadeiras que serão ocupadas pelos

candidatos eleitos, de modo que nem sempre o mais votado de um partido ocupa o lugar de mais votado da coligação.

Dessa forma, surge outro questionamento: quem deverá assumir a vaga deixada pelo mandatário infiel, o suplente do partido ou da coligação?

Até há pouco tempo, tanto o STF quanto o TSE entendiam que, em se tratando de infidelidade partidária, a vaga seria do suplente do partido:

> INFIDELIDADE PARTIDÁRIA. LEGITIMIDADE. PARTIDO POLÍTICO OU QUEM TENHA INTERESSE JURÍDICO. SUPLENTE DE OUTRA AGREMIAÇÃO. ILEGITIMIDADE. USÊNCIA. INTERESSE DE AGIR. INDEFERIMENTO. FEITO EXTINTO. [...] Logo, apenas o partido que sofreu a perda de representatividade é que poderá ser beneficiado com a eventual devolução da vaga. 3. *A titularidade do mandato é do partido ao qual se filiava o infiel*, e não da coligação ou de qualquer outro partido dela integrante. 4. Interpretação que se extrai das decisões do TSE nas Consultas nº 1.423/DF (Res. nº 22.563/2007) e nº 1.439/DF [...]" (TSE. Ação de Perda de Mandato Parlamentar: 6683 TO. Rel. Min. José Godinho Filho. Publicação: *Diário da Justiça* (*DJ*), Tomo 1911, Data 28.2.2008, p. b-5)

Contudo, em decisão histórica, o STF resolveu mudar anos de jurisprudência consolidada, decidindo que a vaga deve ser preenchida pelo suplente da coligação:

> EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. SUPLENTES DE DEPUTADO FEDERAL. *ORDEM DE SUBSTITUIÇÃO FIXADA SEGUNDO A ORDEM DA COLIGAÇÃO*. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E DE PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. [...] 3. As coligações são conformações políticas decorrentes da aliança partidária formalizada entre dois ou mais partidos políticos para concorrerem, de forma unitária, às eleições proporcionais ou majoritárias. Distinguem-se dos partidos políticos que a compõem e a eles se sobrepõe, temporariamente, adquirindo capacidade jurídica para representá-los. 4. A figura jurídica derivada dessa coalizão transitória não se exaure no dia do pleito ou, menos

> ainda, apaga os vestígios de sua existência quando esgotada a finalidade que motivou a convergência de vetores políticos: eleger candidatos. Seus efeitos projetam-se na definição da ordem para ocupação dos cargos e para o exercício dos mandatos conquistados. 5. A coligação assume perante os demais partidos e coligações, os órgãos da Justiça Eleitoral e, também, os eleitores, natureza de superpartido; ela formaliza sua composição, registra seus candidatos, apresenta-se nas peças publicitárias e nos horários eleitorais e, a partir dos votos, forma quociente próprio, que não pode ser assumido isoladamente pelos partidos que a compunham nem pode ser por eles apropriado. 6. O quociente partidário para o preenchimento de cargos vagos é definido em função da coligação, contemplando seus candidatos mais votados, independentemente dos partidos aos quais são filiados. Regra que deve ser mantida para a convocação dos suplentes, pois eles, como os eleitos, formam lista única de votações nominais que, em ordem decrescente, representa a vontade do eleitorado. 7. A sistemática estabelecida no ordenamento jurídico eleitoral para o preenchimento dos cargos disputados no sistema de eleições proporcionais é declarada no momento da diplomação, quando são ordenados os candidatos eleitos e a ordem de sucessão pelos candidatos suplentes. A mudança dessa ordem atenta contra o ato jurídico perfeito e desvirtua o sentido e a razão de ser das coligações. 8. Ao se coligarem, os partidos políticos aquiescem com a possibilidade de distribuição e rodízio no exercício do poder buscado em conjunto no processo eleitoral. 9. Segurança denegada. (MS 30260, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27.4.2011, PROCESSO ELETRÔNICO *DJE* 166 DIVULG 29.8.2011 PUBLIC 30.8.2011 RTJ VOL-00220- PP-00278).

Vale destacar que a legitimidade sucessória não se confunde com a legitimidade processual ativa para requerer o mandato. Nesse ponto, há que se ressaltar julgado histórico do TRE/MG (Petição nº 1258-93.2011.6.13.0000) que conferiu legitimidade ao segundo suplente da coligação para requerer o mandato no caso de inércia do primeiro suplente.

Sendo assim, até o presente momento, o legitimado para exercer o mandato deixado pelo mandatário infiel é o suplente da coligação e não o do partido.

5. O mandato seria um direito disponível ou indisponível?

Paralelamente à problemática envolvendo a sucessão eleitoral, surge outro ponto ainda não devidamente tratado pela legislação ou pela jurisprudência pátria: a disponibilidade ou indisponibilidade do mandato eletivo.

A disponibilidade do mandato eletivo deve ser vista por duas óticas distintas: a dos mandatários e a dos partidos políticos. Sob o ponto de vista dos parlamentares, não resta dúvida de que vigora o regime da disponibilidade do mandato.

É perfeitamente aceitável a renúncia ao mandato, haja vista estar consagrado na CR/1988 a garantia de que ninguém será compelido a permanecer no exercício do cargo eletivo contra a sua vontade.

O problema maior ocorre quando se trata do ponto de vista partidário. Pergunta-se: poderia uma simples comissão provisória, de âmbito municipal, dispor do mandato eletivo ou seria a representatividade popular-partidária verdadeiro múnus público indisponível? Poderiam os partidos políticos transigirem sobre o tema da fidelidade partidária? Vigoraria o regime público ou privado nesses casos?

A prática tem demonstrado inúmeras situações em que a permanência do filiado/mandatário aos quadros do partido político é completamente insustentável, e, por motivos também diversos, os partidos políticos não têm interesse no respectivo mandato.

Nesse aspecto, o texto da Resolução-TSE nº 22.610/2007 é pouco claro, sendo possível enxergar uma tendência do TSE em reconhecer a disponibilidade do cargo eletivo aos partidos políticos (Cfr. TSE Ação Cautelar nº 55069.2012.600.0000). Isso porque, em seu art. 1º, § 2º, a resolução prevê a legitimidade ativa subsidiária para além das agremiações, concedendo verdadeira faculdade aos demais interessados.

Ocorre que, paradoxalmente, o mesmo § 2º atribui legitimidade extraordinária ao Ministério Público, que, por disposição constitucional,

está submetido ao regime da indisponibilidade e de tutela ao interesse público.

Ora, o texto da resolução causa certa inquietude, pois, de duas, uma: ou trata-se de verdadeira exceção ao princípio constitucional da indisponibilidade da atuação ministerial ou o *Parquet* estaria obrigado a ingressar em juízo em todos os casos de desfiliação partidária sem justa causa, inclusive para evitar a desistência da ação.

Tentando solucionar a incoerência existente na legislação, a doutrina se divide em duas correntes. A primeira defende a disponibilidade do mandato, afirmando ser o exercício do cargo eletivo um direito subjetivo dos partidos políticos. Para os adeptos dessa teoria, "a ideia de que o mandato é do partido corresponde a outra ideia, mais fundamental, segundo a qual o mandato é do povo, que o delega ao partido, ficando este obrigado ao povo. [...] podendo [o partido político] livremente dispor" (RE 26604 DF, rel. Min. Cármen Lúcia, data de Julgamento: 4.10.2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: *DJE* 187 Divulg. 2.10.2008 Public. 3.10.2008).

Dessa forma, as agremiações partidárias funcionariam como o próprio povo no exercício do poder, estando legitimamente no direito de dispor daquilo que considera incompatível com suas ideologias. Trata-se de um verdadeiro discurso contrafático, de forma que eventual não correspondência com a realidade deve ser tratada como um problema de gestão intrapartidária.

Por conseguinte, os autores que acompanham a posição da Ministra Cármen Lúcia criticam a legitimação extraordinária do Ministério Público, afirmando se tratar de verdadeira atecnia legislativa. Para esses, seria verdadeiro caso de carência da ação por falta de interesse processual.

É cediço que o interesse processual só está presente quando a tutela jurisdicional possa trazer alguma utilidade ao jurisdicionado, ou seja, quando o processo respeitar o trinômio necessidade/utilidade/adequação. Nas ações de infidelidade partidária, afirmam não existir nenhuma utilidade na demanda, sendo absolutamente inócua a

devolução do mandato ao partido de origem já que esse tacitamente abriu mão de exercê-lo.

Ressaltam, por fim, o caráter privado da pessoa jurídica partidária, defendendo, como afirma Silva (2008, p. 1): "[...] se os partidos políticos, di-lo a própria Constituição em seu art. 17, são pessoas jurídicas de direito privado, haveremos de aplicar a cogência do Código Civil, elegendo aí uma disponibilidade (direito disponível), no caso, extraída da renúncia ao mandato".

Já os adeptos da indisponibilidade do mandato afirmam ser incompatível com o regime constitucional vigente a possibilidade de o partido político abrir mão da representatividade popular que lhe foi confiada. É o que defende André Ramos (RAMOS, 2012, p. 2):

> Defendo que a fidelidade partidária não é uma concessão aos partidos políticos. É uma regra do sistema político que visa aproximá-lo cada vez mais do ideal de plena representação partidária dos diversos interesses de uma sociedade plural. Permitir que apenas os partidos possam fazer valer a regra é como dizer que os partidos são detentores dos mandatos políticos caso queiram que assim seja. Ora, mandatos políticos não são disponíveis. Ou o sistema representativo é partidário, ou não. Se é, então os mandatos, mais que direitos, são deveres a serem imputados aos partidos, e a fidelidade partidária é regra a ser zelada por todos, em especial, pelo Ministério Público, que tem o dever constitucional – art. 127 da CF – de assegurar o interesse público.

Em outras palavras, se o poder realmente emana do povo, os partidos não poderiam dispor de algo que não lhes pertence.

Em se tratando de interesse público indisponível, grande parte dos defensores dessa corrente são integrantes do Ministério Público. Afirmam esses autores que

> [...] ao MP incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal). Além disso, a Lei Complementar nº 75/1993 garante a atuação ministerial em todas as fases e graus de jurisdição do processo eleitoral, e o

> Código de Processo Civil, em seu art. 82, inciso III, estabelece a intervenção do MP em todas as ações que tratem de matéria de interesse público. (RAMOS, 2012, p.1).

Além disso, se incumbe ao *Parquet* tutelar o patrimônio público, seria ele legitimado para atuar em ações de fidelidade partidária, uma vez que o financiamento das campanhas no Brasil hoje é misto. Ou seja, se, para se eleger determinado candidato, utilizou-se de verbas públicas, competiria ao Ministério Público a fiscalização para o exercício do mandato.

No mesmo sentido é a posição da Ministra Nancy Andrighi na relatoria do Recurso Especial nº 598.132/SP: "Assim, embora presente o interesse de natureza privada (*interna corporis*) das agremiações partidárias – especificamente na propaganda partidária – há prevalência do interesse público".

Quanto ao interesse processual, afirmam ser perfeitamente cumprida tal condição, visto que a própria lógica da legitimidade extraordinária afasta esse argumento. Ora, segundo eles, é da natureza daquele que atua em nome próprio defendendo direito alheio o caráter indireto da tutela jurisdicional (do ponto de vista do pedido mediato).

Por fim, alegam ser a disponibilidade do mandato exemplo de *venire contra factum proprium*, pois estaria configurado o comportamento contraditório diante da legítima expectativa criada nos eleitores durante a campanha eleitoral. Dessa forma, não estaria na esfera disponível do patrimônio imaterial partidário a possibilidade de dispor do cargo eletivo, devendo, em todos os casos, requerer o mandato do representante infiel.

6. Adaptação partidária como alternativa à insegurança jurídica

Como visto, percebe-se que a jurisprudência ainda não foi capaz de conter todas as situações espalhadas pelos 5.564 municípios do Brasil. As dúvidas continuaram constantes. As variações da realidade, cada vez

mais distantes das normas, e os partidos permaneceram na direção da vida pública do país. Isso fez com que, nas palavras de Nicklas Luhmann (ao tratar dos *inputs* e *outputs* dos sistemas complexos), as agremiações criassem soluções para se amoldarem à atual conjuntura proposta pela jurisprudência eleitoral. De modo que, seja por mero interesse político, seja pela incompatibilidade ideológica, os partidos estabeleceram um procedimento supralegal de desfiliação partidária (LUHMANN, 2009, p.63).

Assim, visando garantir desfiliação segura de seus mandatários, criou-se a figura extralegal da autorização para desfiliação partidária, ou consentimento formal de desfiliação partidária – verdadeira cláusula supralegal de justificação. Na prática, consubstancia-se em um termo de intenções, carta de autorização de desfiliação ou declaração extrajudicial das incompatibilidades previstas nos incisos III e IV da resolução, cumulada com a renúncia ao direito de pleitear o mandato eletivo. Tudo não passa de uma pseudogarantia, concedida pelo partido ao mandatário, a qual, por via transversa, cria previamente a prova a ser utilizada em eventual procedimento judicial de perda de mandato por infidelidade partidária.

A jurisprudência do TSE parece ter consentido com tal procedimento, ratificando-o em inúmeros casos, *v.g.*:

> PERDA DE CARGO ELETIVO. DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA. JUSTA CAUSA. [...] 3. A Corte de origem, no exame do contexto fático-probatório, asseverou que o órgão municipal do partido autorizou o parlamentar a filiar-se a outra legenda, anuindo com a saída dele da agremiação, razão pela qual foi reconhecida a justa causa, bem como assentou que não poderia o diretório regional rever essa posição em prejuízo do candidato que agiu com comprovada boa-fé. 4. A decisão regional está em consonância com entendimento do Tribunal no sentido de que autorizada a desfiliação pelo próprio partido político, de forma justificada, não há falar em ato de infidelidade partidária. Precedente: Petição nº 2.797, rel. Ministro Gerardo Grossi. Agravo regimental a que se nega provimento. (TSE – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.600.094, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*) de 5.4.2011, p. 50).

No mesmo sentido é o posicionamento do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG), que entendeu ser cabível, inclusive, julgamento monocrático e liminar:

> Vistos, etc.[...] [o requerente] apresenta ofício, recebido dos membros da Comissão Executiva, como prova inequívoca da ocorrência de grave discriminação contra sua pessoa, diante do seu teor, e aponta o fundado receio de dano irreparável na possibilidade de não poder vir a se filiar a outro partido até o dia 7.10.2011, data final para a filiação partidária daqueles que pretendam se candidatar em 2012, já que o art. 12 da Resolução-TSE nº 22.610/2007 preveria um prazo de 60 (sessenta) dias para o julgamento de ações como a presente. [...] Na essência, é o relatório. DECIDO: [...] No caso dos autos, foi apresentado o documento de fls. 16-17, consistente em ofício recebido dos membros da Comissão Executiva do PP municipal, cujo teor é suficiente a demonstrar a intenção da agremiação em não mais alojar em seus quadros o ora requerente. Dele cito trechos, com grifos nossos: "1 – V. Sa. fora eleito vereador pelo PP nas eleições de 5 de outubro de 2008 e deve respeito às decisões da cúpula municipal do partido; [...] 3 – nas eleições gerais de 2010, o vereador não acompanhou o grupo político do PP, o que constitui infidelidade partidária; 4 – o vereador não escuta a direção municipal do partido no que tange aos atos de sua alçada como presidente do Legislativo Municipal, inclusive nas contratações de assessorias jurídica, contábil e de comunicação, alocando nas mesmas pessoas alheias aos quadros do partido; 5 – V. Sa. nunca recolhera sua contribuição mensal obrigatória ao partido, infringindo com isso o § 2º do art. 65 do Estatuto Partidário; 6 – a inobservância dos princípios programáticos, infração às disposições do estatuto e às deliberações do partido, que têm sido praticadas reiteradamente pelo vereador, são causas para aplicação da pena EXPULSÃO. [...] O citado documento constitui prova inequívoca, nos termos do art. 273 do CPC, de que o partido requerido não se opõe à desfiliação do requerente [...] (Decisão Liminar em 18.8.2011 – PET n.º 73751, desembargador Brandão Teixeira. Publicado em 24.8.2011 no *Diário da Justiça Eletrônico*).

Vale citar ainda outro julgado do TRE/MG:

> Pedido de declaração de justa causa para desfiliação partidária. Prefeito e vereadores. Se na contestação o presidente do partido declara a existência de "inegável incompatibilidade"

> entre os requerentes e a agremiação, ainda que por motivos diversos daqueles deduzidos na inicial, concordando, ao final, com o pedido de desfiliação, outra alternativa não cabe ao Poder Judiciário Eleitoral senão a de reconhecer a justa causa e acolher o pedido integralmente. Ruptura do vínculo ou laço de estabilidade que unia a agremiação e os agremiados. Incidência de precedente idêntico do TSE. Pedido julgado procedente. (TRE/MG – Petição nº 28.104, rel. juiz Ricardo Machado Rabelo, *DJE*/MG – *Diário da Justiça Eletrônico* de 26.7.2011).

Como visto, em ambas as cortes, a disponibilidade do mandato eletivo parece ter sido aceita sem maiores questionamentos.

Vale ressaltar que não é fácil encontrar julgados nos quais o Ministério Público ingresse em juízo como autor; pelo contrário, os casos de inércia ministerial parecem ser regra.

A bem da verdade, na maioria dos casos, o Ministério Público sequer toma conhecimento dos casos de desfiliação partidária, prevalecendo, enfim, o jogo de interesses políticos na definição dos rumos da representatividade popular.

Conclusão

Não restam dúvidas quanto à necessidade de aprofundamento legislativo sobre o tema da fidelidade partidária.

O regime pretoriano atual não é capaz de conter satisfatoriamente os problemas envolvendo a troca de partidos políticos por mandatários eleitos. Ainda não se definiu com clareza a natureza jurídica do mandato eletivo, nem se estabeleceu o caráter de disponível ou indisponível do exercício do cargo público. No entanto, a jurisprudência do TSE e dos tribunais regionais eleitorais tem aceitado inúmeros casos em que os partidos políticos abriram mão do mandato eletivo injustificadamente e por interesses próprios.

Além da ausência legislativa, a constante alteração jurisprudencial é responsável pela incriminação da insegurança jurídica nos cidadãos brasileiros, sobretudo, na participação da vida intrapartidária.

Nesse sentido, a necessidade de definição dos conceitos e implicações envolvendo a fidelidade partidária se mostra fundamental para as relações intrapartidárias.

Enquanto a jurisprudência não se acerta, a utilização da cláusula supralegal de justificação – consentimento formal de desfiliação partidária – é o instrumento utilizado pelos partidos políticos na definição de seus representantes.

Referências

AIETA, Vânia Siciliano. *Tratado de Direito político*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Tomo III.

ARAS, Augusto. *Fidelidade partidária*: a perda do mandato parlamentar. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 186-187.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Expulsão do partido por ato de infidelidade e perda do mandato*. Paraná: Paraná Eleitoral, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARHAT, Said. *Dicionário parlamentar e político*: o processo político e legislativo no Brasil. São Paulo: Melhoramentos, 1996.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*. Dicionário Eletrônico, verbete *fidelidade*, Rio de Janeiro, RJ, Brasil: 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FULGÊNCIO, Paulo César. *Glossario – Vade Mecum*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007.

GUIMARÃES, Neide da Silva. *Fidelidade partidária*. Disponível em: <http://www.uespi.br: 2002, p. 14>. Acesso em: 4 jul. 2013.

LUHMANN, Nicklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 63.

MELO, Carlos Ranulfo. *Retirando as cadeiras do lugar*: migração partidária na Câmara dos Deputados. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

RAMOS, André Carvalho. *Fidelidade partidária é assunto de interesse público*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 30 nov. 2012.

SILVA, José Nepomuceno. *História dos partidos políticos e infidelidade partidária*. Disponível em <http://www.ejef.tjmg.jus.br>. Acesso em: 4 jul. 2012.

REVISITAÇÕES TEÓRICAS AO RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA[1]

THEORETICAL ANALYSIS OF THE APPEAL AGAINST DIPLOMA EXPEDITION

WALBER DE MOURA AGRA[2]

Resumo

O presente artigo discute a natureza do recurso contra expedição de diploma (RCED), forma jurídica destinada a desconstituir o resultado das eleições em razão de erros de fato e direito, fraudes, abusos de poder econômico e político, captações ilícitas de sufrágio e erro de quociente eleitoral. Destaca que o RCED não ostenta natureza jurídica recursal,

[1] Artigo recebido em 6 de setembro de 2013 e aceito para publicação em 9 de setembro de 2013.

[2] Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze. Pós-doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (Ibec). Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado. Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais da OAB.

mas se configura como verdadeira ação desconstitutiva, uma vez que sua finalidade é reformar o diploma eleitoral expedido. Sugere que a terminologia seja alterada e que o instituto seja concebido como ação. Sustenta que a pluralidade de ritos processuais (recurso contra expedição de diploma, ação de investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eleitoral) obscurece os caminhos eleitoralistas e força contradições. Conclui que a solução seria instituir para todas essas ações o procedimento estipulado no art. 3º da Lei nº 64/1990, que permite maior dilação probatória.

Palavras-chave: Eleição. Diplomação. Abuso de poder econômico e político. Captação ilícita de sufrágio. Recurso contra expedição de diploma.

Abstract

This article discusses the nature of the appeal against diploma expedition (RCED), legal instrument intended to deconstruct the elections results due to legal and facts´errors, frauds, abuses of economic and political power, illicit obtaining of suffrages and error of electoral quotient. Points out that RCED does not have legal status of appeal, but figures itself like a true desconstitutive action, since its purpose is to reform the electoral diploma issued. Suggests that the terminology have to be changed and the institute be conceived as an action. Argues that the plurality of procedural rites (appeal against diploma expedition, action of electoral judicial research and action of electoral mandate impeachment) obscures the electoral ways and forces contradictions. Concludes that the solution would be to introduce for all these actions the procedure presented in article 3º of Law nº 64/1990, which allows greater probative dilation.

Keywords: Election. Graduation. Abuse of economic and political power. Illicit obtaining of suffrage. Appeal against diploma expedition.

1. Natureza da diplomação

A diplomação se constitui como a última fase do processo eleitoral, representando, pois, a certificação ou declaração oficial da Justiça

Eleitoral, por meio da qual se confere aos candidatos eleitos o respectivo documento formal, em cerimônia solene, que atesta o resultado das eleições e a consequente proclamação dos eleitos. O recurso contra expedição de diploma (RCED) se apresenta como a forma jurídica destinada a desconstituir o resultado das eleições, em razão de erros de fato e de direito, fraudes, abusos, captações e erro de quociente eleitoral.

A finalidade do RCED é a desconstituição do pronunciamento judicial que deferiu a homologação do resultado das eleições, por ele afrontar determinados requisitos constantes em lei ou partir de erro fático. Tenciona tornar sem eficácia as prerrogativas pertinentes à diplomação, cerceando seus efeitos de forma *ex nunc*. A possibilidade da ocorrência de efeitos retro-operantes é impensável.

A diplomação foge do enquadramento de ser classificada como um simples ato administrativo, pois provoca consequências jurídicas que outros atos não judiciais não teriam condições de produzir, como a coisa julgada formal. Inexistem diferenças ontológicas entre os atos judiciais e os administrativos. Quem realiza essa diferenciação de forma discricionária é o legislador, de acordo com a carga axiológica imperante em dado momento na sociedade. A diferenciação maior está em sua formação e em seus efeitos, já que os atos jurídicos necessitam de procedimentos rígidos para sua feitura, fazem coisa julgada e têm maior potencialidade de eficácia. A discricionariedade na sua formação, teoricamente, seria bem menor.

Cristalinamente, afirma Alvim (2005, p. 204) que a jurisdição voluntária se configura como o instrumento utilizado pelo Estado para resguardar, por ato do juiz, bens reputados pelo legislador como de alta relevância social. Não é um processo cautelar ou preventivo, mas simplesmente um procedimento destinado a integrar atos jurídicos para que tenham validade. Continua o professor a explanar que a jurisdição

voluntária é uma anomalia das funções judiciais porque não se enquadra como uma função típica, caracterizando-se como secundária, realizada em virtude do interesse público determinante.[3]

Destarte, em virtude do exposto, não existe razoabilidade para defender que a diplomação ostenta uma taxionomia administrativa, apresentando todos os atributos de ato judicial.

2. Taxionomia do recurso contra expedição de diploma

Embora o RCED seja denominado e tenha recebido, pelo Código Eleitoral, o tratamento de recurso, parte da doutrina não o vislumbra como instrumento de natureza recursal. Nesse sentido, explana Costa (2006, p. 416) que a natureza do referido recurso é, no fundo, uma verdadeira ação de cunho impugnativo.

Em vários momentos anteriores, inclusive com sustentação em alfarrábios, sustentou-se que o RCED tinha a taxionomia de um recurso, anômalo, é verdade, mas um recurso. Todavia, chega o momento de uma reanálise e consequente evolução do pensamento. Faz-se tal translação sem medo de questionamentos. A permanência heracliana não pode suplantar a dialética hegeliana diante da alternância dos acontecimentos. Evoluiu-se para a adoção do posicionamento de se conceber o RCED como uma ação de caráter desconstitutivo.

Enquanto o recurso volta-se contra decisão judicial, prolongando o estado de continuidade de um processo já existente, o RCED ataca

[3] Segundo a jurisprudência do TSE, o prazo para propositura do RCED tem natureza decadencial. (AgR-AI nº 11.439/BA, rel. Min. Felix Fischer, *DJE* de 1º.2.2010; Respe n° 35.741, rel. Min. Marcelo Ribeiro, *DJE* de 22.10.2009). (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11450, Acórdão de 3.2.2011, rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 17.3.2011, Página 39) "Segundo jurisprudência do e. TSE, o prazo para a interposição do RCED é de três dias contados da diplomação (RCED nº 698/TO, rel. Min. Felix Fischer, *DJE* de 12.8.2009; Respe nº 19.898/MS, rel. Min. Luiz Carlos Madeira, *DJ*, de 13.12.2002) (TSE, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11.439, de 12.11.2009, rel. Min. Felix Fishcer).

diretamente a diplomação, de natureza judicial, voluntária, mas sem que possamos falar na existência de lide anterior no sentido defendido por Carnelutti.

Portanto, o novo posicionamento esposado se baseia nos seguintes postulados: a) existe a presença de coisa julgada em seu sentido formal, não sendo possível falar em coisa julgada material, como ocorre nos recursos; b) há uma lide nítida que inexistia na diplomação, formada entre o diplomado e aquele que teve seu direito preterido em razão de um dos motivos ensejadores do RCED; c) existem contraditório e ampla defesa; d) a relação processual não é a mesma da existente na feitura do diploma, haja vista que os autores são diversos, preponderantemente, pela entrada das partes que se sentiram maculadas pela expedição do diploma. O autor do RCED não participava da relação processual quando houve a diplomação.

Moreira (2004, p. 233) entende o conceito de recurso construído a partir de cinco características cruciais:

a) Voluntariedade.

b) Expressa previsão em lei federal.

c) Desenvolvimento no próprio processo no qual a decisão impugnada foi proferida.

d) Manejável pelas partes, terceiros prejudicados e Ministério Público.

e) Com o objetivo de reformar, anular, integrar ou esclarecer decisão judicial.

Dessas cinco principais características, a principal motivação para a retificação do posicionamento anterior foi que o RCED não atua no mesmo processo no qual foi expedido o diploma. Novos elementos são acrescidos, como a causa de pedir e o pedido que dantes não existiam, bem como a parte que sofreu o gravame oriundo da decisão operada na jurisdição voluntária.

Nesse desiderato, deve-se entender que o RCED não ostenta natureza jurídica recursal, mas se configura como uma verdadeira ação desconstitutiva, uma vez que sua finalidade é reformar o diploma eleitoral expedido.[4] Ademais, ressalte-se que o próprio art. 270 do Código Eleitoral prevê uma fase instrutória para o RCED, o que, em termos recursais, se configura pragmaticamente impossível.

É por tais razões, preponderantemente, a instalação de uma nova relação jurídica, com elementos dantes inexistentes, e a possibilidade de instrução probatória, que se formula a sugestão para que a terminologia seja alterada e que o mencionado instituto seja concebido como uma ação.

3. Causas de cabimento do recurso contra expedição de diploma

Configurado como ação específica, o RCED foi disciplinado em *numerus clausus*, ou seja, apenas as hipóteses previstas no Código Eleitoral possibilitam a discussão sobre sua validade.[5] Eis as previsões de possibilidade de recurso contra expedição de diploma (art. 262 do CE):

a) Inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato.

b) Errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional.

c) Erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou sua contemplação sob determinada legenda.

---

[4] Nesse sentido: GOMES, 2010, p. 570; Decomain, 2004, p. 336; Ramayana, 2006, p. 617.

[5] Não é cabível a propositura de RCED com fundamento no art. 30-A da Lei das Eleições por ausência de previsão legal, uma vez que as hipóteses de cabimento previstas no art. 262 do Código Eleitoral são *numerus clausus*. (Recurso Contra Expedição de Diploma nº 731, Acórdão de 28.10.2009, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 10.12.2009, Página 10).

d) Concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, quando houver votação viciada por falsidade, fraude, coação ou captação ilícita de sufrágio.

Inelegibilidade é a impossibilidade de o cidadão ser eleito para cargo público, em razão de não poder ser votado, ceifando-o de exercer seus direitos políticos na forma passiva. Em decorrência, fica vedado até mesmo o registro de sua candidatura. Não obstante, sua cidadania ativa, o direito de votar nas eleições, permanece intacto.[6]

A inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. Consoante os ensinamentos de Gomes (2010, p. 141), a inelegibilidade é um impedimento ao exercício da cidadania passiva que torna o cidadão impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político eletivo.

Ela pode ser antecedente ou superveniente à expedição do diploma, podendo decorrer de qualquer fato jurídico que se configure em alguma das *fattispecie* descritas na *Lex Mater* ou na Lei nº 64/1990, alterada pela Lei Complementar nº 135.[7]

Com relação a sua supremacia, elas podem ser constitucionais ou infraconstitucionais. Se forem desta natureza, estão inseridas na Lei Complementar nº 64/1990, modificada pela Lei Complementar nº 135/2010, somente podendo ser alegadas no registro ou se forem supervenientes ao registro de candidatura. Outrossim, as inelegibilidades infraconstitucionais antecedentes ao deferimento do registro somente podem ser impugnadas mediante o uso da ação de impugnação de

[6] AGRA & VELLOSO, 2011, p. 76.

[7] A inelegibilidade apta a embasar o RCED, art. 262, I, do Código Eleitoral, é, tão somente, aquela de índole constitucional ou, se infraconstitucional, superveniente ao registro de candidatura. Precedentes. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11607, Acórdão de 20.5.2010, rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 18.6.2010, Página 29.

registro de candidatos (AIRC), não podendo ser arguidas em RCED[8]. Já as inelegibilidades constitucionais, por não estarem sujeitas à preclusão, podem ser alegadas antes ou depois da expedição do diploma.[9]

A preclusão no Direito Eleitoral impede que determinadas matérias não arguidas em seu momento específico possam ser ventiladas em outra oportunidade. A necessidade de apresentar o resultado cristalino das eleições não comporta tergiversações temporais. Não sendo arguidas as causas de inelegibilidades e os pressupostos de registrabilidade no momento oportuno, elas apenas podem ser ventiladas no recurso contra diplomação se forem supervenientes ou se contiverem supralegalidade, apanágio inerente aos dispositivos constitucionais.

A *Lex Mater* estipulou alguns pressupostos fundamentais para que o cidadão possa participar do certame eleitoral, almejando determinado cargo eletivo, no que denominou-os de condições de elegibilidade. São denominados de condições porque são circunstâncias exigíveis para o nascimento do direito subjetivo de disputar eleições. A ausência de apenas um deles provoca a sua não existência normativa. São requisitos positivos cumulativos, exigindo-se a verificação de todos, sem nenhuma exclusão.

O legislador constituinte as escolheu porque, sem elas, a cidadania passiva não será constituída. Obviamente, foram escolhas discricionárias, mas consideradas essenciais naquele contexto histórico. Foram regulamentadas no art. 14, § 3º da Constituição Federal e são as seguintes: nacionalidade brasileira; pleno exercício dos direitos políticos; alistamento eleitoral; domicílio eleitoral na circunscrição; filiação partidária; idade mínima.

---

[8] Recurso Contra Expedição de Diploma nº 702, Acórdão de 18.6.2009, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Tomo 166, Data 1.9.2009, Página 38.

[9] Recurso contra expedição de diploma. Inelegibilidade. Condenação criminal. Inelegibilidade preexistente ao pedido de registro e já examinada em sede de impugnação ao registro de candidatura não pode ser arguida em recurso contra expedição de diploma, salvo se se tratar de inelegibilidade constitucional. Agravo regimental não provido. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 3857, Acórdão de 17.2.2011, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 11.4.2011. Páginas 32-33.

Por sua vez, os requisitos de registrabilidade estão previstos no art. 11, § 1º da Lei Eleitoral, 9.504/1997, ostentando natureza infraconstitucional, com a finalidade de atestar que, contra o cidadão, não pesam determinados impedimentos que o estorvem de ser candidato. Não pode ser confundido com as condições de elegibilidade, nem com as causas de inelegibilidade em razão de sua menor relevância, haja vista que são documentos que atestam determinadas situações jurídicas dos candidatos consideradas imprescindíveis. São provas materiais que podem exalar se o candidato está apto ou não para ser registrado, obviamente, após apresentar as condições de elegibilidade e não incidir em nenhuma das hipóteses de causas de inelegibilidade. Elas nascem em um terceiro momento, posteriormente, sendo a última obrigação para a disputa das eleições. A ausência de qualquer um desses requisitos acarretará o seu indeferimento. A exceção é que o juiz abra diligências no prazo de 72 horas para sanear qualquer omissão verificada.

Em regra, as condições de elegibilidade, as causas de inelegibilidade e os requisitos de registrabilidade são impugnados pela AIRC, dentro de cinco dias da publicação do edital das candidaturas.[10]

Por intermédio de uma atecnia descomunal, o art. 262 do Código Eleitoral menciona como causa de RCED, no seu inciso I, a incompatibilidade de candidato, que se configura em uma inelegibilidade por não ter o cidadão deixado cargo ou função pública no prazo estabelecido em lei. A LC nº 64/1990 refere-se à falta de desincompatibilização como causa de inelegibilidade, nos prazos que variam de três, quatro e seis meses. Sendo assim, a desincompatibilização manifesta-se pela licença, exoneração ou renúncia, a depender de cargo público ou função ocupada.

A terminologia incompatibilidade de candidato é errônea porque esta se tipifica como uma causa de inelegibilidade inata, sendo uma espécie do gênero e não uma categoria jurídica autônoma. Se não

[10] "Recurso contra expedição de diploma. Art. 262, I e IV, do Código Eleitoral. Candidato. Condição de elegibilidade. Ausência. Fraude. Transferência. Domicílio eleitoral. Deferimento. Impugnação. Inexistência. Art. 57 do Código Eleitoral. Matéria superveniente ou de natureza constitucional. Não caracterização. Preclusão"RCED-653/SP, rel. Min. Fernando Neves da Silva.

houver afastamento de uma determinada situação jurídica, pela desincompatibilização, a incompatibilidade se configura como uma espécie de inelegibilidade, com todas as consequências a ela inerentes. Não existe substrato doutrinário ou fático para transformá-la em uma categoria autônoma.

Por ser considerada a incompatibilidade um tipo de inelegibilidade infraconstitucional, o não cumprimento do prazo de desincompatibilização, preexistente à época do registro, não é passível de arguição mediante RCED, exceto as tratadas no § 7º do art. 14 da Constituição Federal – que impõe uma forma de desincompatibilização. Dessa forma, o uso do conceito de incompatibilidade foi mal empregado porque, à exceção da incompatibilidade descrita no mencionado § 7º do art. 14, nenhuma outra pode ser arguida em sede de RCED em razão de sua preclusão quando do registro de candidatura. Ademais, mesmo que haja a tipificação de uma incompatibilidade, elas se configuram como inelegibilidade, sendo esta o gênero do qual aquela é a espécie.

A errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional se configura como outra hipótese de cabimento de RCED, podendo fazer com que um candidato que não tenha recebido número de votos suficientes venha a ser diplomado sem dispor de reais condições para tanto.[11] Não se impugnando no prazo devido, três dias após a diplomação, opera-se sua preclusão.

A indicação dos candidatos vencedores das eleições proporcionais é determinada pelo quociente eleitoral e partidário. Esse sistema proporcional no Brasil chama-se lista aberta e encontra-se previsto nos arts. 106 e 107 do Código Eleitoral. O primeiro é encontrado quando se divide o número de votos válidos (excluindo os brancos e nulos) pelo número de vagas a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, aumentando a um se a fração for superior a meio. O segundo é encontrado quando se divide o número de votos dados a determinado partido ou coligação pelo quociente eleitoral. Os candidatos mais votados que conseguirem figurar dentro do número de vagas da coligação ou do partido estarão eleitos. Atente-se que essa

[11] COSTA, 1996, p. 138-139.

causa de recurso eleitoral não pode ser utilizada em eleições majoritárias, para cargos do Poder Executivo ou para o Senado Federal, haja vista ser pertinente apenas às eleições proporcionais.

Todavia, é de aplicabilidade muito mitigada. O erro na interpretação de uma lei deveras consolidada não se mostra factível, principalmente quando já houve uma sedimentação quanto a sua aplicabilidade. Outrossim, os mecanismos eletrônicos utilizados na eleição, como a apuração interligada digitalmente das várias seções eleitorais, impedem esse tipo de ato errôneo.

Outra hipótese de cabimento é o erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou sua contemplação sob determinada legenda. Do mesmo modo que a hipótese anterior, esta se configura de difícil realização, haja vista que a instituição da votação eletrônica tornou muito remota essa possibilidade.[12] No entanto, caso não haja a devida impugnação no prazo correto, opera-se a preclusão.

Com a adoção do processo de votação eletrônica, os erros de fato na apuração tornam-se quase impossíveis. A possibilidade de ocorrência de erros dolosos ou culposos nas contagens dos boletins das urnas e na transferência do resultado para os tribunais regionais ou para o Tribunal Superior Eleitoral, em razão das facilidades de fiscalização, não se mostram palpáveis.[13] Todo o procedimento é realizado de forma eletrônica, com leitura dos boletins de urna, transmissão das informações, totalização dos votos, cálculo dos quocientes eleitorais e partidários, etc. Quanto ao erro de direito, caso ocorra, por se revestir de essência tautológica, sua atestação se configura de fácil operação intelectiva. As causas ora

[12] "O recurso contra expedição de diploma fundado no inciso II do art. 262 do CE é cabível quando houver erro no resultado final da aplicação dos cálculos matemáticos e das fórmulas prescritas em lei e, principalmente, na interpretação dos dispositivos legais que a disciplinam." TSE, RCED nº 765, de 8.4.2010, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro.

[13] "O recurso contra expedição de diploma com fundamento no art. 262, III, do Código Eleitoral, só é cabível quando se tratar de erro na própria apuração dos votos." TSE, Recurso Contra Expedição de Diploma nº 710, de 6.10.2009, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski.

citadas tanto podem ser utilizadas para eleições proporcionais quanto para as majoritárias.

Essa causa ensejadora de RCED difere da anterior porque esta é pertinente a erro de direito ou de fato na apuração, enquanto a outra se restringe à errônea interpretação. Na primeira hipótese, o erro se refere à interpretação e à aplicação da norma, enquanto a segunda significa a utilização de um determinado dado errôneo fática ou materialmente.

A última causa propiciante do RCED é sua concessão em contradição com a prova dos autos em razão da ocorrência de votação viciada por falsidade, fraude, coação, abuso de poder econômico, político ou captação ilícita de sufrágio. A hipótese se refere, portanto, à ocorrência de decisões em manifesta contradição com a prova dos autos, seja de forma dolosa ou culposa, distorcendo o conteúdo probatório coligido aos autos.[14] Decorre da possibilidade da análise desbaratada da prova dos autos, não se extraindo do arcabouço fático as ilações necessárias.

Não é cabível a propositura de RCED com fundamento no art. 30-A da Lei das Eleições por ausência de previsão legal, uma vez que as hipóteses de cabimento previstas no art. 262 do Código Eleitoral são *numerus clausus*.[15]

Quanto ao inciso I do art. 262, defende-se que ele seja reelaborado para expungir a terminologia incompatibilidade, que é uma atecnia autoevidente. De melhor alvitre que fosse redigido para ser pertinente apenas nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e da falta de condição de elegibilidade.

---

[14] Lei nº 9.504/1997: "Art. 72. Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos: I — obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos; II — desenvolver ou introduzir comando, instrução, ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral; III — causar, propositadamente, dano físico ao equipamento usado na votação ou na totalização de votos ou a suas partes".

[15] Recurso Contra Expedição de Diploma nº 731, Acórdão de 28.10.2009, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 10.12.2009. Página 10.

Como os incisos II e III são de rara subsunção, eles podem ser mais bem agrupados, inclusive de forma sistemática e didática, contendo o seguinte enunciado: erro de direito ou de fato na apuração final[16]. Dessa forma, deixar-se-ia uma alameda aberta para os casos em que houvesse erro de contagem, representação proporcional, classificação ou quociente partidário e eleitoral que não são passíveis de impugnação por intermédio de ação de investigação judicial eleitoral (AIJE) ou ação de impugnação de mandato eletivo (AIME).

Defende-se a manutenção do RCED, agora conceituado como ação, porque ele representa o meio adequado para a impugnação de inelegibilidades constitucionais ou supervenientes após o registro de candidatura, bem como para apurar se houve captação ilícita depois da eleição e para suprimir erros de direito ou de fato na apuração final. Ou seja, seu âmbito de incidência não pode ser suprimido pela AIJE ou pela AIME.

4. Questões procedimentais com relação ao recurso contra expedição de diploma

O prazo para a impetração de RCED é de três dias contados da sessão de diplomação, sem possibilidade de interrupção ou suspensão. Se o candidato recebeu o diploma em outro dia, esse prazo não tem nenhuma pertinência para o início da contagem de prazo. Interposto embargo declaratório da diplomação, o prazo recursal de três dias é contado por inteiro da data de julgamento do mencionado recurso, em razão de que ele sobresta os demais prazos, tendo, em razão de construção jurisprudencial e doutrinária, concreto efeito suspensivo.

Podem propor o referido recurso, segundo a jurisprudência pacificada no Tribunal Superior Eleitoral, candidato, partido político ou coligação e Ministério Público, em defesa dos interesses difusos eleitorais.[17]

[16] GOMES, 2013, p. 167.

[17] Recurso Contra Expedição de Diploma nº 674, rel. Min. José Delgado, 24.4.2009.

Neste caso, cumpre ressaltar que, atualmente, a jurisprudência do TSE e a doutrina são uníssonas no que urge à possibilidade da formação de litisconsórcio passivo necessário entre o prefeito e seu vice nos processos que poderão acarretar perda do mandato eletivo, como é o caso do RCED.[18] Sendo assim, a ausência de citação do respectivo vice em sede de RCED impõe o reconhecimento da extinção do processo e, possivelmente, da impossibilidade de se impetrar novamente a ação pela perda de seu prazo. Nesse caso específico, não há possibilidade alguma de convalidação. O processo deve ser extinto por ausência de incorporação à lide de litisconsórcio necessário. Não obstante, é imperioso ressaltar que a coligação não pode configurar-se como litisconsorte passiva necessária no RCED de candidatos. No caso de candidaturas proporcionais, não se evidencia, em regra, seu interesse jurídico, pois, na eventual perda do diploma, os votos desse candidato serão computados para o partido ou para a coligação[19], ao contrário do que ocorre com os candidatos que concorrem *sub judice* porque tiveram seus registros impugnados, caso em que seus votos serão considerados nulos se houver indeferimento do registro, consonante o art. 16-A, parágrafo único, da Lei Eleitoral, nº 9.504/1997.

Esse recurso é impetrado sempre na instância superior àquela que diplomou o então candidato. Se a diplomação tiver ocorrido pelo juízo eleitoral, a competência é dos tribunais regionais eleitorais; se a diplomação tiver ocorrido pelos tribunais regionais eleitorais, a competência é do Tribunal Superior Eleitoral. Não cabe impetração de RCED com relação às decisões do TSE, nos casos de eleições para presidente e vice-presidente da República, porque a competência de apreciar o mencionado recurso não faz parte das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal, haja vista não haver tal competência delineada no art. 102 da Constituição, sendo impossível sua outorga por intermédio de legislação infraconstitucional.

---

[18] Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11963, Acórdão de 13.4.2010, rel. Min. Enrique Ricardo Lewandowski, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 11.5.2010. Página 27-28.

[19] Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25284, Acórdão de 16.2.2006, rel. Min. José Gerardo Grossi, Publicação: *Diário da Justiça* (*DJ*), Data 28.4.2006, Página 140.

O rito procedimental para a devida interposição de RCED é o previsto no art. 267 do Código Eleitoral. Observe-se que é um rito datado de 1965, sem a incorporação das modificações processuais que têm o escopo de assegurar a eficácia e razoável duração do processo. Originou-se de um contexto histórico em que o Direito Eleitoral não tinha o papel predominante que hoje ostenta, delineando um rito processual que não guarda conexões com a seara fática, portanto, seu procedimento tem que ser aplicado com o arejamento das inovações do Código de Processo Civil.

Ele deve ser interposto pelo advogado mediante petição escrita e fundamentada, acompanhadas dos documentos e do conteúdo probatório necessário.[20] Para que a petição seja apta e, consequentemente, deferida, é suficiente que descreva os fatos que, em tese, configuram os ilícitos imputados, bem como sua fundamentação jurídica.[21]

Posteriormente ao oferecimento das contrarrazões, são permitidas produção de justificações e perícias, com citação do Ministério Público. Indeferido o pedido, cabe recurso nas 24 horas seguintes, devendo ser apreciadas imediatamente pelo Pleno do Tribunal (art. 270, §§ 1º e 2º, do CE). Realizadas as provas requeridas, abrir-se-á vista dos autos, por 24 horas, seguidamente, ao recorrente e ao recorrido, para se pronunciarem a respeito.

As provas necessárias para a comprovação dessas ilicitudes não necessitam ser pré-constituídas, obtidas sem a realização de dilação probatória, a despeito de assim poderem sê-lo, sem que haja obrigatoriedade de ter havido sobre tais provas pré-constituídas um pronun-

[20] Cabível a ampla dilação probatória nos recursos contra expedição de diploma, desde que o autor indique, na petição inicial, as provas que pretende produzir. Precedentes. (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11734, Acórdão de 28.10.2009, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 10.12.2009, Página 11).

[21] TSE, RCED nº 767, de 4.2.2010, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira.

ciamento judicial anterior ou seu trânsito em julgado.[22] A respeito do que fora mencionado, é possível considerar como provas pré-constituídas autos de ações penais, investigações judiciais eleitorais, ações de captação de sufrágio, ações civis públicas, ações populares e documentos propriamente ditos.

Com a sua taxionomia de ação, não se poderia exigir apenas provas pré-constituídas em razão de necessidade do *due process of law*, com os consectários do contraditório e da ampla defesa. Partindo-se desses postulados constitucionais, a dilação probatória deve ser a mais ampla possível, de forma a permitir que a verdade real possa emergir dos fatos colacionados.

Ainda cumpre salientar que a ampla dilação probatória atualmente admitida pelo TSE em sede de RCED não afasta a possibilidade de o relator indeferir provas que não sejam relevantes ao deslinde da controvérsia.[23] Deve-se atentar *cum granus salis* para o indeferimento das provas requeridas, já que elas apenas podem ser rejeitadas quando forem comprovadamente procrastinatórias; caso contrário, o processo pode ser anulado por cerceamento de defesa.

A problemática é que, como os processos tramitam em segunda e em terceira instância, a possibilidade de dilação probatória é mais complexa em razão do pequeno número de membros que formam os TREs e o TSE. Em virtude dessa conjectura fática, a instrução deve ser realizada por juízes auxiliares.

Como o processo tramita em segunda ou terceira instância, o relator deve devolver os autos quatro dias depois de finalizada a dilação

---

[22] Esta Corte já assentou a possibilidade de produção, no recurso contra expedição de diploma, de todos os meios lícitos de provas, desde que indicados na petição inicial, não havendo o requisito da prova pré-constituída, podendo, obviamente, o magistrado rechaçar, motivadamente, todos os requerimentos que se mostrem desnecessários ou protelatórios (art. 130 do Código de Processo Civil). (Agravo Regimental em Recurso Contra Expedição de Diploma nº 773, Acórdão de 19.3.2009, rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 24.4.2009, Página 26).

[23] TSE, Agravo Regimental em RCED nº 739, de 24.11.2009, rel. Min. Arnaldo Versiani Leite Soares.

probatória. Nos tribunais, cada parte dispõe de 20 minutos para sustentação oral. Obtendo o relator o acatamento de seu voto, ele é designado para redigir o acórdão, que contém uma síntese das questões debatidas e decididas.

O art. 216 do Código Eleitoral determina que, enquanto não houver julgamento por parte do Tribunal Superior Eleitoral, o diplomado continua a exercer o mandato em toda a sua plenitude. O presente artigo assegura, de forma clara, ao candidato diplomado a permanência no respectivo mandato eletivo até o resultado final do RCED. Conclui-se, então, que por efeito desse dispositivo, não há efeito imediato de decisões de RCED.

Dessa forma, o art. 216 abriu a primeira senda ao art. 257, que assevera que os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo. Outras sendas foram abertas a respeito da não eficácia imediata das ações de investigação judicial eleitoral e da utilização de cautelares para garantir o efeito suspensivo quando houver deferimento de ações de impugnação de mandato eleitoral. Ao contrário das AIJEs, nas AIMEs, a jurisprudência plasmou que elas teriam eficácia imediata em virtude do seu relevo constitucional.

Atualmente, depois do art. 15 da Lei nº 64/1990, modificada pela Lei Complementar nº 135, ficou atestado que apenas em caso de decisão transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato será denegado o registro, ou cancelado, se já tiver sido realizado, ou declarado nulo o diploma, caso tenha sido expedido. Seguindo o diapasão do artigo mencionado, o art. 257 foi revogado de forma tácita, produzindo efeitos imediatos para que o candidato eleito saia do cargo apenas em razão de decisões de segundo grau.

Por último, insta ressaltar que RCED é instrumento processual adequado à proteção do interesse público na lisura do pleito, assim como o são AIJE e AIME. Todavia, cada uma dessas ações constitui processo autônomo, dado terem causas de pedir próprias e consequências

distintas.[24] Contudo, se elas versarem sobre o mesmo descortínio fático, sem que haja necessidade de produção de novas provas, aquelas produzidas em um RECD, por exemplo, quando já concluídas, podem ser utilizadas em uma AIJE ou AIME, agasalhando o postulado das provas emprestadas e da exigência da celeridade processual.

Sustenta Djalma Pinto que, se a sentença meritória de AIJE concluir pela improcedência do pedido em virtude da não configuração de abuso de poder econômico, político ou uso indevido de meios de comunicação, essa decisão, uma vez transitada em julgado, deveria resultar na extinção do RCED, desde que envolvesse os mesmos fatos e as mesmas partes, pois a parte dispositiva da sentença se tornou *res judicata* em seu sentido material e formal.

Concordamos integralmente com o mencionado eleitoralista quando da decisão transitada em julgado porque não haveria razão para nova irresignação se a Justiça Eleitoral já se pronunciou pela inexistência dos fatos imputados. Não haveria sentido na repetição do mesmo arcabouço fático quando já há decisão judicial nesse sentido. Entretanto, se houver modificação nos fatos apresentados, permite-se a apresentação recursal.

Sustenta-se que não há razoabilidade teorética ou fática para que a AIJE, a AIME e o RCED tenham procedimentos diferentes (a AIJE segue o procedimento delineado no art. 22 da Lei nº 64/1990; a AIME segue o procedimento delineado no art. 3° da Lei nº 64/1990; o RCED segue o disposto no art. 267 e seguintes do Código Eleitoral). Essa pluralidade de ritos processuais apenas obscurece os caminhos eleitoralistas, forcejando contradições. Como, por exemplo, é que o procedimento da AIJE que deve verificar a existência de um fato acintoso ao pleito eleitoral permite uma dilação probatória menor que aquele previsto em uma AIME que pode contar com provas exclusivamente pré-constituídas? A melhor solução seria instituir para todas essas ações o procedimento estipulado no art. 3º da Lei nº 64/1990, pois é aquele que permite uma

[24] Embargos de Declaração em Recurso Contra Expedição de Diploma nº 698, Acórdão de 8.9.2009, rel. Min. Felix Fischer, Publicação: *Diário da Justiça Eletrônico* (*DJE*), Data 5.10.2009, Página 48.

maior dilação probatória, que é imprescindível para a obtenção da verdade real.

Referências

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de Direito Eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COSTA, Adriano Soares. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*: temas de Direito Eleitoral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

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

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

_____. *Recursos eleitorais e outros temas*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 13. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2006.

Esta obra foi composta na fonte Myriad Pro,
corpo 10, entrelinhas de 13,5 pontos, em papel AP 75g/m^2 (miolo)
e papel Cartão Supremo 250g/m^2 (capa).

ISSN 1414-5146