
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v. 4, n. 8, jan./abr. 2006

Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Rogério Ponzi Seligman - Diretor

Ivens José Thives de Carvalho

Guido Feuser

João José Leal

Pedro Roberto Decomain

Rui Carlos Kolb Schiefler

As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da
Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: revistajuridica@mp.sc.gov.br

Catálogo na publicação por Clarice Martins Quint (CRB 384)

ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense / Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Catarinense do Ministério Público. – v. 4, n. 8, (jan./abr. 2006) - Florianópolis: PGJ : ACMP, 2003 –

Quadrimestral

Direito – Periódicos. I. Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Procuradoria-Geral de Justiça. II. Associação Catarinense do Ministério Público.

CDDir : 340.05

CDU : 34(05)

Revisão: A revisão dos artigos é de responsabilidade de seus autores

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-240
(48) 3224.4600 e 3224.4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-904
(48) 3229.9000
pgj@mp.sc.gov.br
www.mp.sc.gov.br



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Pedro Sérgio Steil

Subprocurador-Geral de Justiça

Narcísio Geraldino Rodrigues

Secretário-Geral do Ministério Público

Sandro José Neis

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Durval da Silva Amorim

Abel Antunes de Mello

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Colégio de Procuradores de Justiça

Moacyr de Moraes Lima Filho

Anselmo Agostinho da Silva

Hipólito Luiz Piazza

Paulo Antônio Günther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobél Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nélson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Sidney Bandarra Barreiros

Lenir Roslindo Piffer - *Secretária*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

Moacyr de Moraes Lima Filho

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

André Carvalho

Corregedor-Geral do Ministério Público

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público

Marcílio de Novaes Costa

Assessoria do Corregedor-Geral do Ministério Público

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Aor Steffens Miranda

Rui Arno Richter

Corregedor-Geral Substituta

Gladys Afonso

Ouvidor

José Galvani Alberton

Coordenadoria de Recursos

Paulo Roberto Speck – *Coordenador*

Assessoria do Coordenador de Recursos

Fernando da Silva Comin

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Basílio Elias De Caro – *Coordenador-Geral*

Gladys Afonso – *Colaboradora*

Rogério Ponzi Seligman – *Coordenador*

João Carlos Teixeira Joaquim – *Coordenador-Adjunto*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*

Luciano Trierweiller Naschenweng – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Antenor Chinato Ribeiro – *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Davi do Espírito Santo – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Helen Crystine Corrêa Sanches – *Coordenadora*

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Sérgio Antônio Rizelo – *Coordenador-Geral*

Maury Roberto Viviani – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional Criminal

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Paulo Antonio Locatelli – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais

Alexandre Reynaldo de Oliveira Graziotin – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade

Gilberto Callado de Oliveira – *Coordenador-Geral*

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Ivens José Thives de Carvalho – *Diretor*



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Lio Marcos Marin

Vice-Presidente

Nazareno Furtado Köche

1ª Secretária

Havah Emília P. de Araújo Mainhardt

2º Secretário

Fabiano David Baldissarelli

Diretor Financeiro

Onofre José Carvalho Agostini

Diretor de Patrimônio

Ary Capella Neto

Diretor Cultural e de Relações Públicas

Andrey Cunha Amorim

Conselho Fiscal

Presidente

César Augusto Grubba

Secretário

Abel Antunes de Mello

Membros

Carlos Henrique Fernandes
Ivens José Thives de Carvalho
Jorge Orofino da Luz Fontes

ASSUNTO ESPECIAL: DIREITO ELEITORAL

Ações judiciais no sistema eleitoral brasileiro.....11
Alexandre Martins, André Eduardo Foppa Souza, Danielle Durieux Reitz e Ivens José Thives de Carvalho

Considerações sobre os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade e sua (in)aplicabilidade às condutas previstas no art. 73 da Lei nº 9.504/1997.....45
Henry Petry Junior e Thiago Carriço de Oliveira

A persistência da doutrina, a atuação da magistratura, a evolução do direito: o novo procedimento da ação de impugnação de mandato eletivo.....85
Pedro Henrique Távora Niess

Influência do poder econômico e financiamento público de campanhas eleitorais.....105
Pedro Roberto Decomain

CIDADANIA

A atuação do Ministério Público na proteção dos direitos do idoso.....123
Roberta Terezinha Uvo

DIREITO CIVIL

Novo critério para rateio da tarifa de água e esgoto nos condomínios - uma tentativa de corrigir distorções e desperdícios.....133
Miguel Lotário Gnigler

DIREITO CONSTITUCIONAL

A quebra do sigilo das fontes jornalísticas pelo poder judiciário.....137
Hidemberg Alves da Frota

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Direito Internacional Público: uma introdução.....149
Eneas Athanázio

MINISTÉRIO PÚBLICO

Planejamento estratégico: um estudo de caso no Ministério Público do Estado de Santa Catarina.....185
Isabel Cristina Silveira de Sá

MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Apontamentos sobre o sistema jurídico de responsabilidade dos agentes públicos e a responsabilidade civil do estado.....213
Basílio Elias De Caro

AÇÕES JUDICIAIS NO SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

Alexandre Martins
Servidor do MPSC

André Eduardo Foppa Souza
Estagiário do MPSC

Danielle Durieux Reitz
Servidora do MPSC

Ivens José Thives de Carvalho
*Promotor de Justiça - SC, Coordenador do
Centro de Apoio Operacional Cível e Eleitoral do MPSC*

Sumário: 1 Introdução – 2 Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) – 3 Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) – 4 Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED) – 5 Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) – 6 Considerações finais – 7 Referências.

1 Introdução

Face às constantes modificações efetuadas na legislação eleitoral, que perduraram até a edição da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, não foi possível a solidificação de uma doutrina e de uma jurisprudência específica para o Direito Eleitoral.

Esta situação de constante modificação da legislação eleitoral, somada à falta de disciplina que comportasse o Direito Eleitoral nos cursos de direito ministrados no território nacional, e a não inclusão deste tema nos concursos para magistrados e promotores de justiça, dificultou sobremodo o estudo e a consolidação do Direito Eleitoral, quer no seu aspecto material, quer no seu aspecto processual.

Buscando recuperar o prejuízo, diversos autores e instituições se debruçam sobre o estudo deste tema e relatam suas observações.

Recentemente, criado no âmbito do Ministério Público Estadual, o Centro de Apoio Cível e Eleitoral, contando com a participação de seus funcionários, buscou elaborar, de forma sucinta, artigo contendo resumo das principais ações civis inseridas no âmbito do direito eleitoral.

A grosso modo, pode-se enumerar algumas das principais ações que ocorrem no âmbito do Direito Eleitoral:

Ações Cíveis Eleitorais

1. Ação Para Cancelamento e Exclusão de Eleitor¹
2. Ação de Impugnação de Registro de Candidatura
3. Representação para Investigação Judicial Eleitoral por infração ao art. 41-A da Lei 9.504/97
4. Representação para Investigação Judicial Eleitoral por infração ao art. 73 da Lei 9.504/97
5. Recurso contra a Diplomação
6. Impugnação de Mandato Eletivo
7. Representação contra propaganda eleitoral quando não houver cominação de multa

¹ O cancelamento ou exclusão do eleitor deve ser feito nas seguintes hipóteses:

- a) infração do art. 5º do Código Eleitoral
- b) infração ao art. 42 do Código Eleitoral
- c) suspensão ou perda dos direitos políticos (art. 15 da CRFB)
- d) pluralidade de inscrições
- e) falecimento
- f) abstenção reiterada
- g) revisão do eleitorado

8. Representação contra propaganda eleitoral quando houver cominação de multa

Ações Penais Eleitorais

1. Ação por crimes eleitorais de pequeno potencial ofensivo, que permitem transação;

2. Ação por crimes eleitorais de médio e alto potencial ofensivo, que não permitem a fase inicial da transação.

Neste artigo, em virtude de sua pretensão ser o delineamento dos contornos das principais ações inerentes ao direito processual eleitoral, vai-se abordar as ações de Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC); Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE); Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED); e, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME).

2 Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC)

No que pese haver quem defenda que o registro de candidatos cuida-se de ação de jurisdição graciosa, aplicando-se a ele as regras do artigo 97 do Código Eleitoral², entende-se que a inelegibilidade não pode decorrer da simples inadequação dos atos administrativos para o registro exigidos pelo artigo 11 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 e o contido nas resoluções do TSE (cf. Resolução nº 21.608/2004)³.

Assim, a simples inobservância das determinações contidas no artigo 11 da lei supracitada e na resolução TSE 21.608/2004 não

2 SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Fábio. **Direito eleitoral**. Belo Horizonte Inédita, p. 173, apud CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

3 Conforme PÁDUA CERQUEIRA, *ob cit*, p. 350, [...] “o candidato que não tem seu registro deferido pode prosseguir na campanha eleitoral, mas por sua conta e risco, ou seja, se no dia da votação ele não tiver registro, os seus votos serão considerados nulos. Assim, o candidato que tiver seu registro indeferido poderá recorrer da decisão por sua conta e risco e, enquanto estiver sub judice, prosseguir em sua campanha e ter seu nome mantido na urna eletrônica, ficando a validade dos seus votos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior”.

permite se declare, através da impugnação do registro de candidatura a inelegibilidade. Ocorre, nestes casos, simples indeferimento do registro por inobservância de determinações administrativas, que, no prazo conferido no artigo 11, § 3º, da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, podem ser supridas. Ousa-se dizer que, não cumprida as diligências pelo interessado, partido ou candidato, será considerada como desistência do candidato ao pleito.

Neste sentido, colhemos do magistério de Pádua Cerqueira⁴ o seguinte:

Neste particular, entendo que, no procedimento de registro de candidatura (meramente administrativo), se o órgão eleitoral indeferir o pedido, não poderá declarar a inelegibilidade *ex officio*, pois senão estaria violando o princípio da vedação de restrição de direitos políticos, e sim deve extrair cópia do feito ao Ministério Público Eleitoral, que deve obrigatoriamente manifestar-se em todos os feitos [...].

A Ação de Impugnação de Registro de Candidatura possui natureza jurídica de verdadeira ação judicial e visa impedir o deferimento e/ou aperfeiçoamento da candidatura do impugnado, seja em razão de sua inelegibilidade (inata ou cominada) ou por falta de algum documento essencial.

Portanto, são três as espécies de fatos que podem ensejar a AIRC: a) a inelegibilidade inata, decorrente da ausência de alguma condição de elegibilidade; b) a inelegibilidade cominada, procedente de algum ato reputado ilícito pela legislação eleitoral; e c) a falta de algum documento legalmente exigível para o pedido de registro, não suprida em tempo hábil.

Para Péricles Prade, a melhor definição de “impugnação” fica àquela elaborada por Tito Costa que, segundo ele, impugnação é “ato de oposição, de contradição, de refutação, comum no âmbito do Direito Eleitoral e nas diversas fases do processo eleitoral. Pode ser manifestada

4 CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 344.

antes ou depois de ser tomada uma decisão, ou praticado um ato⁵.”

Torna-se importante o registro que o art. 16 da Lei Complementar das Inelegibilidades (LCI) define que os prazos estabelecidos no artigo 3º da referida norma são prazos peremptórios e contínuos que correm em secretaria ou cartório a partir da data do encerramento do prazo para registro de candidatos, que não se suspendem aos finais de semana e aos feriados.

2.1 Legitimidade

Conforme o art. 3º da LCI, caberá a qualquer candidato, a partido político e seus representantes, coligação ou ao Ministério Público impugnar registro de candidatura. Mister esclarecer que cabe ao Ministério Público Eleitoral a missão constitucional de funcionar sempre na condição de *custos legis* quando não for parte na ação.

2.2 Competência processual

Seguindo a regra dos art. 3º a 16 da LCI, a competência processual para se impetrar a ação de impugnação de registro de candidatura - AIRC, fica a cargo do Juízo Eleitoral ou do Tribunal Eleitoral, tanto o TRE como TSE, dependendo do pleito disputado. Ou seja: Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, a ação será processada na circunscrição encarregada do registro e diplomação - zona eleitoral. Governadores de Estado, Deputados Estaduais, Federais, e Senadores, processados perante o Tribunal Regional Eleitoral de suas circunscrições eleitorais. Com relação ao Presidente da República e Vice, a competência originária será do Tribunal Superior Eleitoral.

5 COSTA, Antonio Tito. **Recursos em Matéria Eleitoral** *apud* DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. **Comentários ao código eleitoral**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 227.

2.3 Rito Processual⁶

Caberá mover ação de impugnação de registro de candidatura sempre que transgredidas as exigências da LCI ou não cumpridas as determinações do artigo 11 da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. O processamento da ação segue o rito processual empregado pela LCI, dando ênfase à celeridade do processo eleitoral, com os seguintes passos:

2.3.1 Aberto edital relativo ao pedido de registro, terá o impugnante prazo de cinco dias para ingressar com a petição inicial. (art. 3º da LCI).

2.3.2 Ao receber a petição inicial, o Juiz poderá tomar três decisões:

2.3.2.1 A *primeira*, indeferindo-a, caberá em três dias recurso conforme art. 8º da LCI e art. 267 do Código Eleitoral;

2.3.2.2 A *segunda*, se necessário, mandará emendá-la na forma dos arts. 258 do Código Eleitoral e 284 do CPC;

2.3.2.3 A *terceira*, deferindo a petição inicial, determinará a notificação do impugnado e a intimação do Ministério Público Eleitoral, caso não seja este o autor da ação. (art. 4º e 5º da LCI).

2.3.3 Estabelecida a relação processual, conforme art. 7º da LCI, seguirá Contestação em sete dias.

2.3.4 Concluso o processo, poderá o Juiz Eleitoral antecipar o julgamento do processo, para:

2.3.4.1 Extinguir o processo. Caberá recurso em três dias na forma do artigo 267 do Código Eleitoral e art. 8º da LCI; ou

2.3.4.2 Julgar antecipado a lide na forma do art. 5º da LCI e art. 330 do CPC. Neste caso, caberá recurso em três dias conforme art. 267 do CE e art. 8º da LCI.

6 Para melhor compreensão do rito processual adotado pela Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, anexamos da obra **Direito Eleitoral Brasileiro**, 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 358, de Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, fluxograma explicativo. (Anexo 1).

2.3.5 Se não optar por nenhuma dessas duas hipóteses, entra o processo na fase de saneamento.

2.3.5.1 Inquirição de testemunhas na forma do art. 5º da LCI; e,

2.3.5.2 Diligências nos cinco dias subseqüentes. (art. 5º, § 2º da LCI).

2.3.6 Superada a fase de saneamento do processo, segue as Alegações Finais em três dias, conforme art. 6º da LCI.

2.3.7 Sentença ou Acórdão em três dias. (art. 8º da LCI).

2.3.8 Da decisão da sentença caberá recurso em três dias. (art. 8º LCI).

3 Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE)

A Constituição Federal de 1988 prevê no capítulo IV, do Título II, que trata Dos Direitos Políticos (art. 14, § 9º), que Lei Complementar estabelecerá hipóteses de inelegibilidade decorrente da influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta que somados aos casos já inculpidos na própria carta magna, teriam como escopo assegurar a lisura e a normalidade das eleições, garantindo a legitimidade dos eleitos.

Daí a edição da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que dispõe sobre casos de inelegibilidade não previstos na norma constitucional, disciplinando os institutos a disposição da justiça eleitoral para apuração e julgamento das ações: a investigação judicial e a impugnação de mandato eletivo.

Reza o artigo 19 da mencionada Lei Complementar que as transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais eleitorais.

Primeiramente, a título de argumentação lógica vale esclarecer a natureza do processo de investigação judicial inserido na LCI.

A dúvida se põe, pois o encaminhamento do pedido é endereçado ao Corregedor-Geral ou Corregedores-Regionais, dando azo de se crer ser processo administrativo. Todavia, pelo procedimento adotado na norma em comento, passou a atividade a ser jurisdicional, deslocando-se do campo administrativo-eleitoral, que outrora assim se caracterizava quando vigente apenas o § 3º do artigo 237 do Código Eleitoral, que remetia exclusivamente ao rito da Lei 1.579, de 18 de março de 1952, que trata do Inquérito Parlamentar.

O artigo 19 da LCI qualifica a investigação como ato jurisdicional, ou seja, ato do Poder Judiciário. Também, o procedimento sumaríssimo, da iniciativa e tramitação da ação demonstram as características de atividade jurisdicional e não administrativa.

Assim, ao determinar a LCI os legitimados para a propositura da representação junto ao Corregedor-Geral ou Corregedores-Regionais, primou pelo princípio da inércia, princípio este próprio da jurisdição. Há a necessidade de formulação de pedido e causa de pedir, e a obrigatoriedade do contraditório, sem o qual não existe o devido processo legal.

Vê-se que, com a representação para abertura de investigação judicial, se instaura um verdadeiro e autêntico processo de natureza jurisdicional⁷: Ação de Investigação Judicial Eleitoral.

Feita essas considerações, passa-se a análise das transgressões mencionadas no artigo 19, que são de três ordens:

- a) abuso do poder econômico;
- b) abuso do poder político;
- c) abuso do poder de autoridade.

Dos ensinamentos de Joel J. Cândido entende-se que abuso de poder em direito eleitoral, são todas as transgressões à legislação comum, eleitoral ou partidária, lesiva à liberdade do voto, à normalidade e legitimidade das eleições, à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato, praticadas por qualquer pessoa, por políticos ou por quem exerce autoridade e que, por isso mesmo, podem gerar a inelegibilidade do infrator, entre outras sanções políticas. Se

7 SALGADO, Murilo Rezende. **Investigação Judicial**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/murilo1.htm>>. Acesso em: 18 de março de 2006.

o fato se caracteriza como abuso do poder econômico, político ou de autoridade, as respectivas transgressões é que dirão especificamente.⁸

Assim, classificam-se as transgressões como:

a) abusivas do poder econômico:

- transgressões pertinentes à origem de valor pecuniário;
- influência do poder econômico;
- uso indevido ou desvio do poder econômico;
- interferência do poder econômico.

b) abusivas do poder político:

- abuso do poder político *stricto sensu*;
- abuso do exercício de função na administração;
- abuso do exercício de cargo na administração;
- abuso do exercício de emprego na administração.

c) abusivas do poder de autoridade;

- abuso do poder de autoridade *stricto sensu*;
- uso indevido ou desvio de poder de autoridade;
- utilização indevida de veículos de comunicação social;
- utilização indevida de meios de comunicação social.

O objetivo da ação de investigação jurisdicional eleitoral é a apuração e punição dos ilícitos (não penais) eleitorais, para a proteção da normalidade e legitimidade das eleições, visando à lisura dos pleitos políticos.

3.1 Legitimidade

São legitimados para o ingresso da ação de investigação judicial eleitoral:

8 CÂNDIDO, Joel J. **Inelegibilidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 335.

- qualquer partido político;
- coligação;
- candidatos;
- Ministério Público Eleitoral.

Vale aqui ressaltar que estudiosos do gabarito de Joel J. Cândido, entendem que a interpretação do artigo 22 da LCI deve se dar de forma ampla, contemplando dentre os legitimados todos os partidos políticos, mesmo os que não estejam participando do pleito, e da mesma forma, o candidato que requereu seu registro, independente do deferimento deste.

Já com relação ao Ministério Público eleitoral, ensina Cândido:

Por Ministério Público Eleitoral se haverá de entender, exclusivamente, aquele que estiver representado por agente com atribuição na jurisdição do pleito. Vale dizer, nas eleições presidenciais, será o Procurador-Geral Eleitoral, nas gerais, o Procurador Regional Eleitoral e, por fim, nas eleições municipais, o Promotor Eleitoral que validamente officiar perante o juízo da eleição. Não poderá haver invasão de atribuição na escala descendente das hierarquias funcionais, e muito menos, na ascendente. Isso quer dizer que o Procurador Regional Eleitoral, por exemplo, não poderá representar no juízo de primeiro grau, contra réus a este sujeitos; muito menos, na terceira instância, contra réus que lá devam ser demandados.⁹

Outra questão diz respeito a faculdade do Promotor de Justiça Eleitoral em ingressar com a ação de investigação judicial eleitoral, pois quando o legislador utilizou a expressão “poderá” eximiu os legitimados, e aí também os membros do Ministério Público Eleitoral, de qualquer sanção de cunho eleitoral pela não representação. Esta faculdade insere-se, contudo, no poder-dever que instrui as atividades dos membros do *parquet*.

⁹ *Ob. cit.* p. 353.

3.2 Rito processual

O rito processual insculpido no artigo 22 e incisos da LCI será representado nesse artigo por fluxograma para melhor compreensão e entendimento¹⁰.

Em todo caso, a ação de investigação judicial (AIJE) eleitoral inicia-se:

3.2.1 Com a petição na forma do art. 22, *caput* da LCI que, ao despachá-la, o Corregedor-Geral, Regional ou Juiz Eleitoral, dependendo o caso, adotará uma das três providências a seguir:

3.2.1.1 A *primeira* hipótese é o indeferimento da petição inicial pelo não cumprimento dos requisitos legais da ação. Neste caso, cabe a renovação do pedido ao TRE ou ao TSE. Caberá também esta providência no caso do simples retardamento do despacho. (Artigo 22, I,c, II, III, da LCI).

3.2.1.2 A *segunda* hipótese é a notificação do investigado. O juiz ou relator determinará a suspensão do ato, juntando aos autos cópia do ofício, conforme art. 22, I, b da LCI.

3.2.1.3 A *terceira* hipótese: ordenará que se notifique o investigado do conteúdo da petição, entregando-se-lhe a segunda via apresentada pelo representante com as cópias dos documentos, que seguirá o seguinte rito:

I - Abrir-se-á prazo de 5 dias, para que o representado ofereça ampla defesa, juntada de documentos e rol de testemunhas, se cabível (art. 22, I,a, da LCI);

II - A Secretaria do Tribunal juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao representado, bem como a prova de entrega ou da sua recusa em aceitá-la ou dar recibo (art. 22, IV, da LCI);

III - Findo o prazo de notificação, com ou sem defesa, abri-ser-á prazo de 5 dias para inquirição, em uma só assentada, de testemunhas

10 Para melhor compreensão do rito processual adotado pela Representação para a Abertura de Investigação Judicial, anexamos da obra **Inelegibilidade no Direito Brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Edipro, de Joel Cândido, fluxograma explicativo. (Anexo 2).

arroladas pelo representante e pelo representado (art. 22, V, da LCI);

IV - Nos 3 dias subseqüentes, o Corregedor ou Juiz Eleitoral procederá a todas as diligências que determinar, *ex officio* ou a requerimento das partes (art. 22, VI, da LCI);

V - Também num prazo de três dias, o Corregedor ou Juiz Eleitoral poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas ou requisitar documentos que possam influir na decisão (art. 22, VII e VIII, da LCI);

VI - Encerrado o prazo da dilação probatória as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 2 dias (art.22, X, da LCI);

VII - Findo o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Corregedor, no dia imediato, para apresentação de relatório conclusivo sobre o que houver sido apurado (art. 22 XI, da LCI);

VIII - O relatório do Corregedor, que será assentado em 3 dias, e os autos de representação serão encaminhados ao Tribunal competente, no dia imediato, com pedido de inclusão na pauta do dia (art. 22 XII, da LCI). Em caso de eleição municipal, será competente o juiz eleitoral que proferirá sentença monocrática com recurso cabível do TRE;

IX - Abrir-se-á vista ao Procurador-Geral ou Regional Eleitoral por 48 horas, para se pronunciar sobre as imputações e conclusões do relatório (art. 22 XIII, da LCI);

X - Se julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado, cominando-lhe sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 anos subseqüentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime (art. 22, XIV, LCI);

XI - Se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato, serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral (art. 22, XV, da LCI).

3.3 Sanções

As sanções para as transgressões dos abusos ou desvio de poder são:

- A inelegibilidade
- A cassação do registro
- A cassação dos efeitos da diplomação
- Perda do mandato eletivo

3.4 Ação de investigação judicial eleitoral e o artigo 41-A da Lei 9.504/97

Questão polêmica a ser abordada é com relação a Lei 9.504/97, e seu artigo 41-A, que segundo alguns autores seria caso de modalidade de inelegibilidade, o que acarretaria a inconstitucionalidade do texto em comento, por não tratar-se de norma complementar.

Constata-se que cabe Ação de Investigação Judicial nas hipóteses elencadas no artigo 19 da LCI, quais sejam: o uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico, ou do poder político e de autoridade, uso indevido de veículos e de meios de comunicação.

Além dessas, há outras hipóteses de abuso de autoridade que podem ser apuradas mediante investigação judicial, previstas no artigo 74 da Lei 9.504/97, e na Constituição da República do Brasil, artigo 37 § 1º. No caso de descumprimento desse último, terá o candidato o seu registro de candidatura cancelado e ainda a declaração de inelegibilidade.

O artigo 41-A acrescido a Lei 9.504/97 pela Lei nº 9.840/99, trouxe a descrição do que seria captação de sufrágio vedado por lei e algumas inovações na esfera eleitoral.

Assim dispõe:

Art. 41A – Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou

entregar, ao eleitor com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar 64, de 18.05.1990.

Da análise do artigo supra, leciona com brilhantismo ímpar Olivar Coneglian:

Do ponto de vista formal, a lei que implantou esse artigo 41.a é tecnicamente correta, pois estabelece infração com:

- a) tipicidade;
- b) materialidade;
- c) rito;
- d) sanção.

[...]

Quanto ao rito para a punição da infração, buscou o art. 41.a o auxílio da Lei Complementar 64/90, com a seguinte fórmula: “observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990”.

Assim, cometida a infração, instaura-se procedimento com o mesmo rito da investigação judicial eleitoral.

No entanto, **não se trata de investigação judicial eleitoral**, ou seja, não se trata de processo que tenha por finalidade a decretação da inelegibilidade.

A referência à Lei Complementar se faz apenas em relação ao **rito** para a infração do art. 41.a, ou seja, com o intuito de abreviar o tempo do processo escolheu-se um procedimento já existente dentro

do arcabouço jurídico-eleitoral. Não se pode pensar que, com a menção à L/C 64/90, também se aplicam as sanções dessa Lei Complementar. Não se aplicam.¹¹

Na mesma esteira o entendimento do Des. Antônio Hélio Silva em palestra proferida no VI Encontro do Colégio de Corregedores da Justiça Eleitoral:

Primeiramente, para apuração da alegação de supostas práticas de captação de sufrágio, mister se faz que se ajuíze representação com fincas no art. 41-A, com observância do procedimento previsto no mencionado art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 1990. Não se trata de ação de investigação judicial propriamente dita. Isso porque, nas representações para apuração de captação de sufrágio, apenas deverá ser seguido o rito da ação de investigação, previsto no art. 22, incisos I a XIII, da Lei Complementar nº 64, de 1990.”¹²

Diante do exposto, visto não estar contemplado no bojo do artigo 41-A a declaração de inelegibilidade do candidato, não há que se falar em nova modalidade de inelegibilidade com aplicação dos efeitos da ação de investigação judicial, devendo a execução da decisão que julgar procedente o pedido, amparada na Lei 9.504/97 ser imediata, não se aplicando o art. 15 da LCI, *in verbis*: Art. 15. Transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

Portanto, não se tratando de nova hipótese de inelegibilidade, não há que se falar em inconstitucionalidade do texto do artigo 41-A da Lei nº 9.504/97.

E finalizando o tema, importante ressaltar ainda que o dis-

11 CONEGLIAN, Olivar. **Lei das Eleições comentada: Lei 9.504/97, com as alterações das Leis 9.840/99, 10.408/02 e 10.740/03**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 204/205.

12 SILVA, Antônio Hélio. **Ação de Investigação Judicial e o art. 41-A da Lei nº 9.504/97, de 1997**. Disponível em: <http://www.tre-mg.gov.br/sj/publicacoes/revistas/revista10/doutrina/doutrina_des%20a>. Acesso em: 27/03/2006.

positivo em questão não revogou o artigo 299 do Código Eleitoral, podendo atuar concomitantemente com este. A Lei 9.840/99, que alterou a Lei 9.504/97, não é de natureza penal, e, portanto, não tipifica as ações da mesma forma que o código eleitoral.

Assim, um mesmo ato, como a “compra de votos” pode acarretar ao agente responsabilidade tanto no campo penal, artigo 299 do Código Eleitoral, como extrapenal, incidindo o art. 41-A da Lei 9504/97.

A esse respeito aplaudimos os ensinamentos de Joel J. Cândido:

O que o art. 41-A alterou, em parte, foi o modo de se auferir a responsabilidade extrapenal do infrator, somente. Antes, a infração era punida (fora do aspecto penal) nos amplos termos do art. 22 da Lei das inelegibilidades, com todas as conseqüências que aquele processo poderia acarretar. Agora, o agente continua a sofrer um processo pelo rito do art. 22 da LI (que é a IJE), mas só que com os limites materiais em sua responsabilidade imposto pelo art. 41-A, acrescido pela Lei 9.840/1999, que é lei ordinária.¹³

E por fim, conclui o mesmo autor:

Como o artigo 41-A explicitou, exaustivamente, as sanções que para essa infração quis aplicar – multa, cassação do registro e cassação do diploma-, e como só adotou o “procedimento” do art. 22 da LC nº 64/1990, jamais- dentro do campo da seriedade na exegese- se poderá “transplantar” a inelegibilidade para, sem base alguma, “aumentar” o rol de punições explicitadas no art. 41-A pelo legislador.¹⁴

4 Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED)

Acaso não tenha ocorrido tempo hábil para o trânsito em julgado das ações de investigação eleitoral, quer por força do disposto

13 *Ob. cit.*, p. 457.

14 *Ibid.* p. 460.

na LCI, quer por força do disposto nos artigos 41-A e 73 da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, surge, após a diplomação, a possibilidade de se impedir que o candidato ilegítimo venha a assumir o cargo para o qual foi eleito. Esta possibilidade, que também se estende para outras situações previstas na legislação eleitoral, encontra respaldo na utilização do chamado Recurso Contra a Expedição de Diploma.

O Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965) traz em seu artigo 262 quatro situações nas quais é possível se interpor recurso contra expedição do diploma. O legislador, ao confeccionar o texto legal, deu aos operadores do direito mais uma forma de tentar extinguir fraudes contra o sistema Eleitoral, ou até mesmo, evitar que candidatos utilizem-se de meios ilícitos para obter votos, de acordo com a art. 41 - A, da Lei nº 9.504/97.

4.1 Capacidade processual

Seguindo o rito ordinário, são legitimamente capazes para demandar o Recurso Contra Expedição de Diploma os partidos políticos, as coligações partidárias, os candidatos e o Ministério Público Eleitoral. No caso do recurso ser impetrado por um candidato, devido a este se sentir prejudicado em virtude de algum fato que vá de encontro aos incisos do artigo 262 do Código Eleitoral, não se exige a demonstração de direta do mesmo a invalidação do diplomado.

Neste sentido, encontramos no Acórdão do TSE nº 642¹⁵ decisão que permite que o candidato sem interesse no foco da demanda, impetre tal recurso contra expedição do diploma:

[...] O candidato é parte legítima para interpor recurso contra a expedição de diploma, ainda que não tenha benefício direto com o provimento do recurso,

15 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA Nº 642 – SÃO PAULO. Recorrente: COMISSÃO EXECUTIVA REGIONAL DO PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO – PSD e Recorrido: EDMIR JOSÉ ABI CHEDID. Relator: Ministro Fernando Neves da Silva. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/servicos/jurisprudencia/index.html>>. Acesso em: 06/04/2006.

uma vez que, em última análise, nos feitos eleitorais há interesse público na lisura das eleições.

Há, porém, aqueles que entendem necessária a demonstração de interesse direto na invalidação. Entre eles, se destaca Antônio Dantas Nobre:

[...] a legitimidade do candidato, que pode socorrer-se do recurso contra a diplomação sem o concurso do seu partido, só se aperfeiçoa se ele, ademais de registrado para pleito cujo resultado consistir o foco da demanda, tiver interesse direto na invalidação do diploma expedido. É dizer: é necessário que a pretensão, deduzida através do recurso previsto na Lei nº 4.737, de 1965, art. 262, mostre-se apta para assegurar, ao candidato recorrente, a sua própria diplomação.¹⁶

4.2 Prazo

O prazo para interpor o Recurso Contra Expedição de Diploma, devido ao silêncio da lei, é de 3 dias a contar da data de diplomação do candidato. Não incluído, por óbvio, o dia da diplomação. Conforme o art. 258 do Código Eleitoral, sempre que a lei não fixar prazo especial, o recurso deverá ser interposto em 3 (três dias) da publicação do ato, resolução ou despacho.

4.3 RCED: possibilidades

As possibilidades para se interpor recurso contra expedição de diploma são:

16 NOBRE, Eduardo Antônio Dantas. **Instrumentos de Impugnação do Diploma: A Ação Prevista na Constituição Federal, art. 14, §§ 10 e 11, e o Recurso Contra a Expedição do Diploma**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/dantas1.htm>>. Acesso em: 04 maio 2006.

Art. 262, inciso I:

I - inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato:

A inelegibilidade pode ser anterior ou posterior a diplomação do candidato, sendo fundamento da mesma proveniente tanto da Constituição, quanto infraconstitucional. O candidato deve preencher os pressupostos positivos do art. 14, parágrafos 3º, 4º, 5º e 7º, todos da Constituição Federal, bem como não incorrer nos pressupostos negativos.

Em se tratando de incompatibilidade de candidato, para o mesmo não incorrer neste inciso, deve ele afastar-se de suas funções para concorrer às eleições. Péricles Prade ao citar Alberto Rollo e Emir Braga entende por desincompatibilização,

[...] por definição, é o afastamento a ser realizado em um período anterior ao pleito, pelo qual o candidato deve deixar o cargo ou exercício da função, como condição para candidatar-se, pena de inelegibilidade¹⁷.

Art. 262, inciso II:

II - errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional;

O sistema proporcional tem por finalidade determinar o número de vagas que cada partido terá nas eleições proporcionais, ensejando-se assim uma igualdade de forças entre os partidos.

Marcel Prélot ao ser citado por Thales Tácito Pontes¹⁸ diz que “o sistema proporcional tem por objetivo garantir às diversas opiniões, entre as quais se repartem os eleitores, um número de lugares proporcional às suas respectivas forças”.

O quociente eleitoral funciona, basicamente, dividindo-se o

17 ROLLO, Alberto; BRAGA, Emir. **Inelegibilidade à luz da jurisprudência** *apud* DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. **Comentários ao código eleitoral**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 338.

18 PRÉLOT, Marcel. **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel**. Paris: Dalloz, 1961 *apud* CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 187.

número de votos válidos pelo número de vagas. O mesmo Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira reforça essa idéia, explicando que

[...] a técnica do quociente eleitoral consiste na divisão do número de votos válidos na circunscrição (quociente local) ou no país (quociente nacional) pelo de mandatos a serem conferidos, de modo que cada partido elegerá tantos representantes quantas vezes a totalidade de seus votos contenha o quociente eleitoral. No tocante ao quociente fixo, este procura, antes de mais nada, garantir absoluta igualdade entre os eleitos. Antes do pleito, a lei prescreve um quociente fixo, pelo qual se dividirá a totalidade dos votos válidos atribuídos a uma legenda.¹⁹

Havendo algum tipo de erro na utilização e aplicação das fórmulas que determinam o quociente eleitoral, o candidato poderá fazer uso deste recurso, baseado no inciso segundo do art. 262, ratificado pelo TSE, conforme o Acórdão nº 586²⁰:

[...] o inciso II do art. 262 do CE diz com cálculos matemáticos e fórmulas prescritos em lei e necessários para alcançar-se o resultado final das eleições proporcionais. Quando houver erro no resultado da aplicação dessas fórmulas e, principalmente, na interpretação de dispositivos legais que a disciplinam, haverá ensejo para recurso contra expedição de diploma com fundamento neste inciso.

Art. 262, inciso III:

III - 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 a sua contemplação sob determinada legenda;

¹⁹ *Ibid.*, p. 187.

²⁰ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA Nº 586 – RN. Recorrente: ANTÔNIO JÁCOME DE LIMA JÚNIOR e OUTROS e Recorrido: COLIGAÇÃO "UNIDADE POPULAR" e OUTRO. Relator: Ministro Nelson Azevedo Jobim. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/servicos/jurisprudencia/index.html>>. Acesso em: 06/04/2006.

O presente inciso visa defender o candidato prejudicado por qualquer incidente que possa ocorrer, alterando o resultado real da votação ou da legenda partidária.

No erro de direito ou de fato, os dois requisitos para o recurso contra expedição de diploma confundem-se com o inciso II do artigo 262, mas cabe distingui-los, pois de acordo com Eduardo Antônio Dantas Nobre²¹, o inciso III versa sobre “a pretensão de viabilizar, em favor do candidato prejudicado, a correção do erro de direito ou de fato, que tanto pode incidir sobre a contagem dos votos, como sobre a lista dos eleitos”.

Diferente do inciso II do art. 262 do Código Eleitoral, que trata apenas de cálculos e fórmulas para se alcançar um quociente eleitoral.

Art. 262, inciso IV:

IV - concessão ou denegação do diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas hipóteses do art. 222 desta Lei, e do art. 41-A da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.

O inciso IV referente aos itens supracitados possui estreita ligação com o artigo 22, da Lei Complementar nº 64, de 1990 que trata das providências a serem tomadas quando houver indícios de desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político.

Neste caso, haverá necessidade de provas constituídas em processo anterior com o devido processo legal, garantindo a ampla defesa e o contraditório. Na esteira desse entendimento, Péricles Prade²² frisa que

a expressão “em manifesta contradição com a prova dos autos”, contida no inciso IV, quer se referir à necessidade de sua produção (mesmo indiciária)

21 NOBRE, Eduardo Antônio Dantas. **Instrumentos de Impugnação do Diploma: A Ação Prevista na Constituição Federal, art. 14, §§ 10 e 11, e o Recurso Contra a Expedição do Diploma**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/dantas1.htm>>. Acesso em: 04 maio 2006.

22 *Op. cit.*, p. 340.

em processo antecedente; em suma, à prova pré-constituída como pressuposto recursal.

4.4 Rito processual²³

Nas hipóteses do art. 262, I, II, III e IV do Código Eleitoral, o prazo para interposição do Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED) é de até 3 dias a partir da diplomação (art. 258, do CE), com a exigência de prova pré-constituída, em decisão com trânsito em julgado da decisão que reconhece a inelegibilidade, nos casos dos incisos I, II e III do art 262 do Código Eleitoral.

No caso no inciso IV do referido artigo do Código Eleitoral, a prova pré-constituída pode ser caracterizada pela simples prova emprestada da AIJE, ainda que esta não tenha sido julgada. Este o atual entendimento do TSE, acolhido no Agravo de Instrumento nº 3095, Rel. Min. Ministro Fernando Neves da Silva, publicado no DJU de 01.4.2002:

RECURSO CONTRA A DIPLOMAÇÃO - ABUSO DE PODER - PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - AJUIZAMENTO ANTERIOR À DECISÃO PROFERIDA NA INVESTIGAÇÃO JUDICIAL - AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO - POSSIBILIDADE - DECISÃO REGIONAL QUE RECONHECEU O ABUSO - CONCLUSÃO QUE NÃO PODE SER INFIRMADA SEM REEXAME DO QUADRO FÁTICO - 1. O recurso contra a expedição de diploma pode ser fundado em decisão transitada em julgado que tenha julgado procedente investigação judicial, declarando a existência de abuso de poder ou uso indevido dos meios de comunicação social. Neste caso, a decisão traz juízo de valor definitivo emitido pela justiça eleitoral, devendo ser aceito sem que haja necessidade de se proceder

23 Para melhor compreensão do rito processual adotado pela Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, anexamos da obra **Direito Eleitoral Brasileiro**, 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 835, de Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, fluxograma explicativo. (Anexo 3).

a exame das provas contidas na representação. 2. O recurso contra a diplomação pode, também, vir instruído com prova pré-constituída, entendendo-se que essa é a já formada em outros autos, sem que haja obrigatoriedade de ter havido sobre ela pronunciamento judicial, ou seja, a prova não tem que ter sido previamente julgada. Ante a falta de juízo definitivo por parte da justiça eleitoral sobre as provas, essas podem ser analisadas nos autos de recurso contra a diplomação. Precedente: Acórdão nº 19.506.

O rito a ser empregado é o contido no artigo 265 e seguintes do Código Eleitoral.

O foro para processar e julgar o feito é aquele que detém a competência para registrar e diplomar o eleito, sendo legítimos para propor a ação os partidos políticos, coligação, candidatos e o Ministério Público.

5 Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME)

Além do recurso contra diplomação cabível nas hipóteses do 262 e incisos, hoje a nova ordem constitucional prevê outro meio para desconstituir a elegibilidade de candidato, com finalidades semelhantes àquele recurso.

Para Joel Cândido, as causas jurídicas para a introdução da nova ação em nosso ordenamento jurídico foram: “[...] maior prazo para a propositura da ação, em relação ao prazo do recurso; uma maior possibilidade de produção de provas; e, a desnecessidade da prova judicial para a ação, ao contrário do que sucede com o recurso”²⁴.

Assim, fundada em pressupostos constitucionais, a denominada Ação de Impugnação de Mandato Eletivo está prevista no artigo 14, § 10 e 11 da Constituição Federal.

O objetivo único desta Ação é impedir o mandato eletivo do candidato vencedor que se utilizou de abuso do poder econômico,

24 *Op. cit.*, p. 256.

corrupção ou fraude, tornando-o inelegível em caso de representação formulada nos moldes do artigo 22 e incisos da LCI.

Para Adriano Soares,

Se a AIME for proposta diretamente, isto é, sem prévia interposição da AIJE (e nas hipóteses do art. 1º da LC 64/90 contra fatos previstos no art. 14, § 10 ad CF), decreta-se a inelegibilidade para “essa eleição” e para a “futura”. Se a AIME for proposta após a Ação de Investigação Judicial, a decretação da inelegibilidade já teria sido decretada antes; a ineficacização do diploma não é efeito do anexo, mas próprio da sentença proferida na AIJE e o efeito será desconstitutivo ex nunc da eficácia do diploma.²⁵

Ação de Impugnação de Mandato Eletivo nasce após a diplomação. Como bem lembrado por Noely Manfredini d’Almeida e Fernando José dos Santos²⁶, a ação deve ser instruída com provas documentais que viciaram o processo eleitoral e no tempo certo, em virtude do prazo decadencial de quinze dias (art. 14, § 10, da CF) contados a partir da diplomação. É importante frisar ainda que o meio impugnatório tratado pela Constituição não visa discutir a dignidade ou a indignidade do réu, nem acatar o diploma – que por sinal é válido -, mas a legitimidade ou não do seu mandato²⁷. É o caso, por exemplo, em uma possível perda de mandato via Ação de Impugnação: os efeitos da condenação não se caracterizam como pena, mais uma consequência decorrente da legitimidade do mandato eletivo, pois a eficiência no emprego da ação é atacar a conquista do mandato.

25 COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da Inelegibilidade e do Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 324.

26 D’ALMEIDA, Noely Manfredini; SANTOS, Fernando Manfredini dos. **Crimes Eleitorais e Outras Infringências**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 629.

27 NIESS, Pedro Henrique *apud* D’ALMEIDA, Noely Manfredini; SANTOS, Fernando Manfredini dos. **Crimes Eleitorais e Outras Infringências**. 2. ed. Curitiba: Edipro, 1999, p. 628.

5.1. Legitimidade

De acordo com o artigo 14, § 9º da Constituição Federal, a LCI legitimou a capacidade processual para propor a ação de impugnação ao estabelecer em seu artigo 3º como partes, o partido político ou coligação, os candidatos, bem ao Ministério Público, que, quando não for parte, funcionará obrigatoriamente no processo como *custos legis*.

Segundo Joel Cândido, o “eventual interesse legítimo de terceiros, materializado a ponto de ensejar a demanda, pode ser canalizado a qualquer uma delas, por simples comunicação ou representação, acompanhada de elementos de convicção da matéria”.²⁸

5.2. Competência processual

Em relação ao foro competente para processar a ação de impugnação de mandato, os critérios devem atender a competência originária daquele órgão judiciário que tenha capacidade para registrar e diplomar o mandatário. Ou seja: no âmbito municipal, Prefeito, Vice-Prefeito, Vereador e suplentes serão processados perante a circunscrição encarregada do registro e diplomação. Governadores de Estado, Vice-Governador, Deputados Estaduais e Federais, bem como Senadores, serão acionados perante o Tribunal Regional Eleitoral de suas circunscrições eleitorais. Já nas ações que envolvam Presidente da República e Vice, a competência originária será do Superior Tribunal Eleitoral.

Por fim, ao Ministério Público Eleitoral cumpre officiar sempre como *custos legis* quando não for parte demandante na ação. E em segundo grau de jurisdição caberá ao *parquet* a fiscalização nas respectivas instâncias superiores.

28 *Ob. cit.*, p. 258.

5.3 Rito processual²⁹

Em que pese alguns julgados entenderem a necessidade da AIME estar sujeita as disposições do Código de Processo Civil, *v.g.* art. 272 e ss. que cuida especificamente do procedimento comum, todavia, o assunto não está pacificado.

O magistério jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral segue a orientação no sentido de que, ressalvadas as peculiaridades de cada caso,

[...] O rito ordinário que deve ser observado na tramitação da ação de impugnação de mandato eletivo, até a sentença, é o da Lei Complementar nº 64/90, não o do Código de Processo Civil, cujas disposições são aplicáveis apenas subsidiariamente.

[...] As peculiaridades do processo eleitoral – em especial o prazo certo do mandato – exigem a adoção dos procedimentos céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa [...] ³⁰.

Assim, extrai-se da LCI, artigos 3º ao 8º, o rito processual a ser adotado pela Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Por mais célere e viável a sistemática do Direito Eleitoral, pacificou a jurisprudência o entendimento de que o trâmite seguindo deverá ser o da LCI, por ser o Código de Processo Civil incompatível com a natureza da ação. A possível adoção do rito ordinário acabaria por tornar inócuos os efeitos da condenação, pois a demora nos julgamentos poderia comprometer os objetivos da ação.

29 Para melhor compreensão do rito processual adotado pela Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, anexamos da obra **Direito Eleitoral Brasileiro**, 3. ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 815 e 816, de Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, fluxograma explicativo. (Anexo 4).

30 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR Nº 1.319 – PI. Requerente: MARIA DO ESPÍRITO SANTO BRINGEL COELHO. Relator: Ministro Fernando Neves da Silva. No mesmo sentido: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 4.360, e RESOLUÇÃO Nº 21.634. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/servicos/jurisprudencia/index.html>>. Acesso em: 06/04/2006.

Aplicável à espécie, a dinâmica processual segue os seguintes passos:

5.3.1 - Petição Inicial em 15 dias contados a partir da diplomação, devidamente instruída com prova inidônea, especificando produção de provas, requerendo diligências e arrolando testemunhas. (art. 14, §§ 10 e 11 da CF e art. 3º, § 3º da LCI).

5.3.2 Notificação do Impugnado e intimação do Ministério Público Eleitoral quando for parte. (art. 4º da LCI);

5.3.3 Contestação com juntada de documentos e requerendo, se for o caso, de provas, diligências e testemunhas. (art. 4º da LCI);

5.3.4 Despacho saneador o Juiz poderá antecipar o julgamento do processo, ou se não for o caso, abrirá instrução na forma do artigo 5º da LCI;

5.3.5 Na forma do artigo 5º, §§ 2º, 3º e 4º, da LCI, caberá no prazo de cinco dias o cumprimento das diligências deferidas ou determinadas;

5.3.6 Em seguida abre-se prazo para as alegações finais. (art. 6º da LCI);

5.3.7 Encerrado prazo para alegações os autos serão conclusos, cabendo ao Juiz proferir decisão em três dias. (arts. 7º e 8º da LCI).

5.3.8 Publicada a sentença passa a contar prazo para o recurso em três dias. (art. 8º da LCI);

5.3.9 Interposto recurso, Ministério Público e Recorrido passam a ter prazo comum de três dias para as contra-razões. (§ 1º do art. 8º da LCI).

5.3.10 Finalmente, apresentadas as razões os autos subirão ao Tribunal Regional Eleitoral. (§ 2º do art. 8º da LCI);

Ressalta-se que em caso de recurso interposto contra sentença que julgou procedente a AIME, o recurso terá efeito suspensivo na forma do artigo 216 do Código Eleitoral. Ou seja: poderá o Recorrente exercer o mandato enquanto a decisão não transite em julgado.

6 Considerações finais

Facilmente percebido pelo leitor a ausência de referência as reclamações e representações ordinárias contidas na Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, cujo rito processual obedece as diretrizes do artigo 96 da referida lei.

A exclusão das representações e reclamações com base no referido rito foram excluídas deste trabalho pela grande abrangência que estas possuem dentro do sistema eleitoral e que demandam o relato de pesquisa individualizada nesse tema. Pretende-se, assim, numa próxima edição desta revista a inserção de artigo sobre reclamações e representações eleitorais com base no artigo 96 da lei citada no parágrafo anterior.

De qualquer forma, a pretensão deste artigo é ampliar o debate e animar o leitor a refletir sobre o sistema processual do direito eleitoral, com o fito de encontrar nas diversas ações manejáveis dentro do sistema os mecanismos processuais mais adequados para impedir o que candidatos inescrupulosos violem a lisura do pleito e ingressem nos mandatos eletivos sem a necessária legitimidade.

7 Referências

BRASIL. LEI nº 4.737, de 15 de julho de 1965. **Código Eleitoral**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 07/04/2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 07/04/2006.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cassação, e determina outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 07/04/2006.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR Nº 1.319 – PIAUÍ. Requerente: MARIA DO ESPÍRITO SANTO BRINGEL COELHO. Relator: Ministro Fernando Neves da Silva.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO

Nº 4.360. Agravante: JOÃO MARQUES ESTRELA E SILVA. Agravado: SALOMÃO BENEVIDES GADELHA: Relator: Ministro Luiz Carlos Madeira. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/servicos/jurisprudencia/index.html>>. Acesso em: 06/04/2006.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA Nº 642 – SÃO PAULO. Recorrente: COMISSÃO EXECUTIVA REGIONAL DO PARTIDO SOCIAL DEMOCRÁTICO – PSD e Recorrido: EDMIR JOSÉ ABI CHEDID. Relator: Ministro Fernando Neves da Silva. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/servicos/jurisprudencia/index.html>>. Acesso em: 06/04/2006.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA Nº586 – RN. Recorrente: ANTÔNIO JÁCOME DE LIMA JÚNIOR e OUTROS e Recorrido: COLIGAÇÃO "UNIDADE POPULAR" e OUTRO. Relator: Ministro Nelson Azevedo Jobim. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/servicos/jurisprudencia/index.html>>. Acesso em: 06/04/2006.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL RESOLUÇÃO Nº 21.634. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/servicos/jurisprudencia/index.html>>. Acesso em: 06/04/2006.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Edipro, 2004.

_____. **Inelegibilidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

CONEGLIAN, Olivar. **Lei das Eleições comentada: Lei 9.504/97, com as alterações das Leis 9.840/99, 10.408/02 e 10.740/03**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da Inelegibilidade e do Direito Processual Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

D'ALMEIDA, Noely Manfredini; SANTOS, Fernando Manfredini dos. **Crimes Eleitorais e Outras Infringências**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1999.

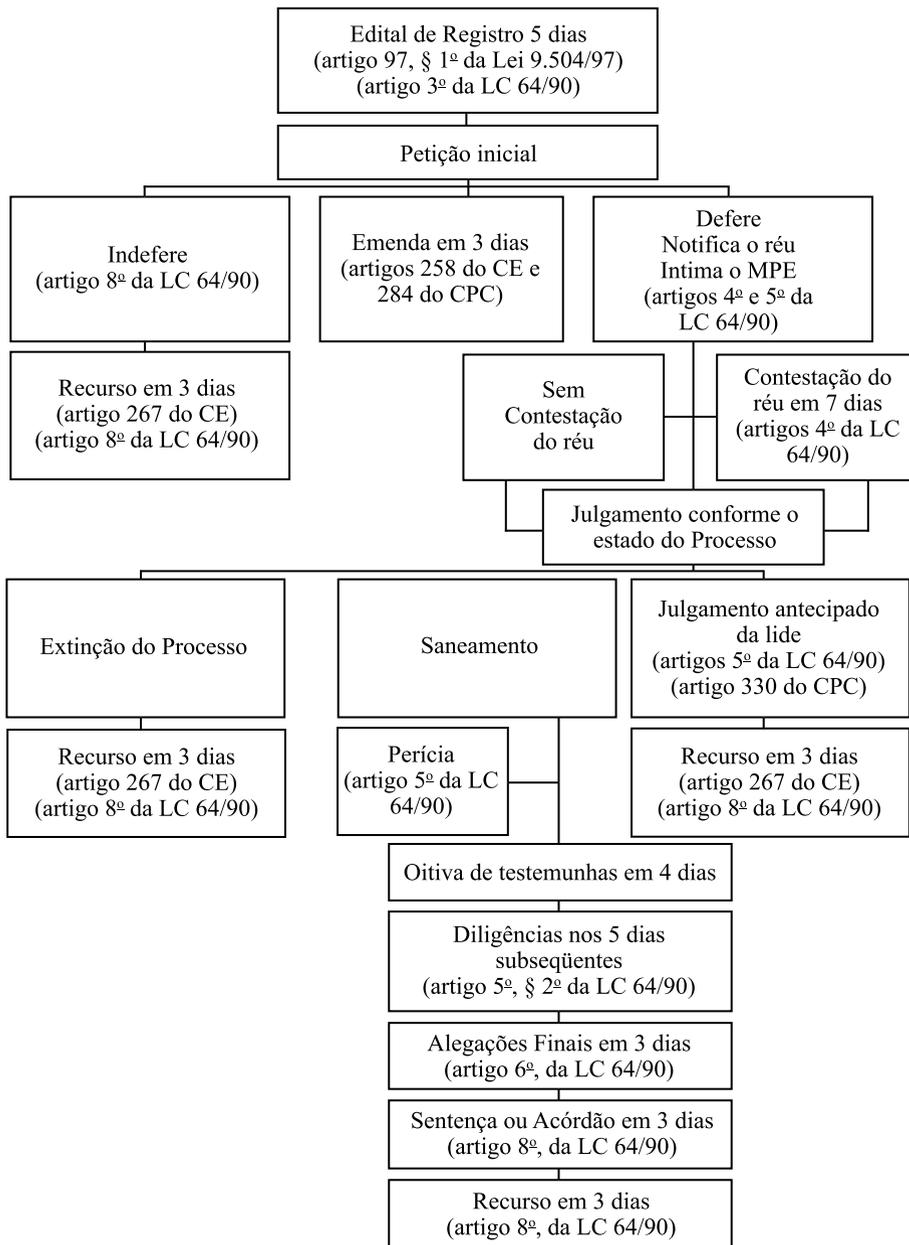
DECOMAIN, Pedro Roberto; PRADE, Péricles. **Comentários ao código eleitoral**. São Paulo: Dialética, 2004.

NOBRE, Eduardo Antônio Dantas. **Instrumentos de Impugnação do Diploma: A Ação Prevista na Constituição Federal, art. 14, §§ 10 e 11, e o Recurso Contra a Expedição do Diploma**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/dantas1.htm>>. Acesso em: 04 maio 2006.

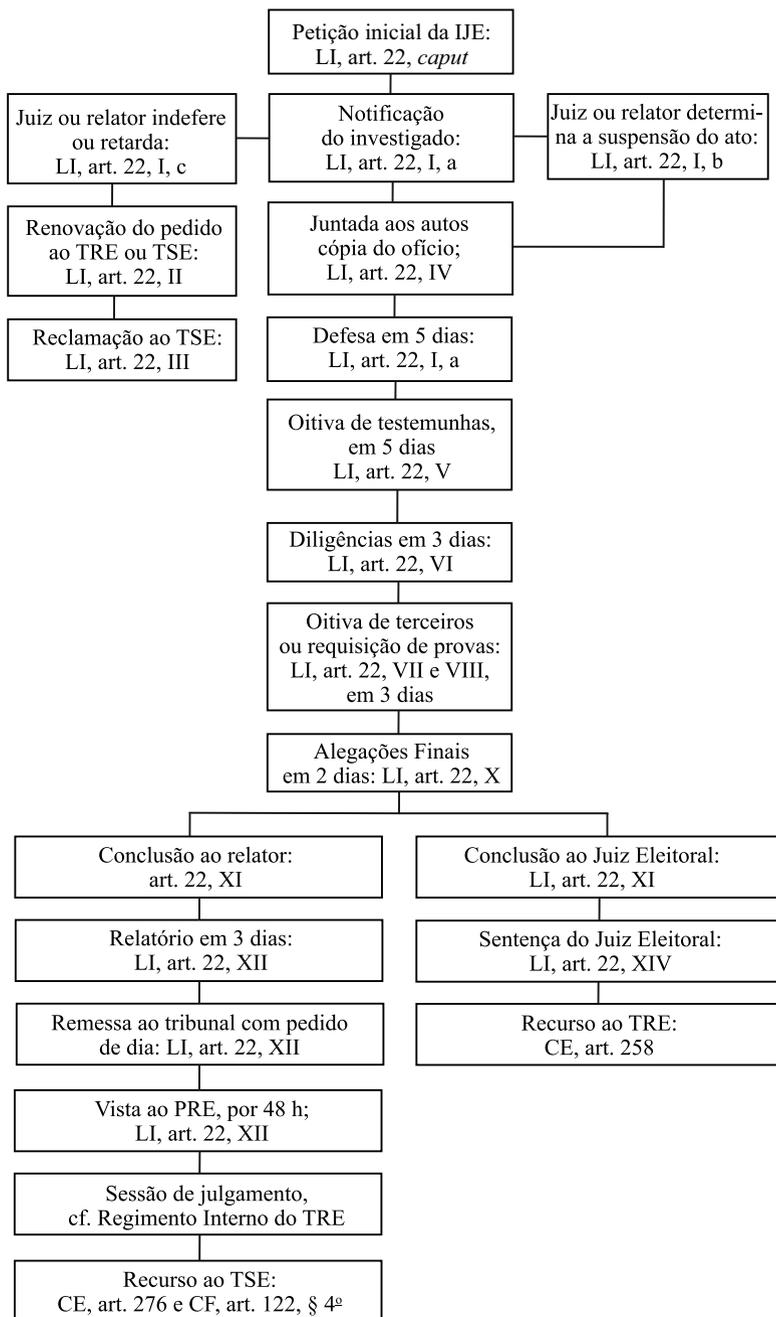
SALGADO, Murilo Rezende. **Investigação Judicial**. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/murilo1.htm>>. Acesso em: 18 de março de 2006.

SILVA, Antônio Hélio. **Ação de Investigação Judicial e o art. 41-A da Lei nº 9.504/97, de 1997**. Disponível em: <http://www.tre-mg.gov.br/sj/publicacoes/revistas/revista10/doutrina/doutrina_des%20a>. Acesso em: 27/03/2006.

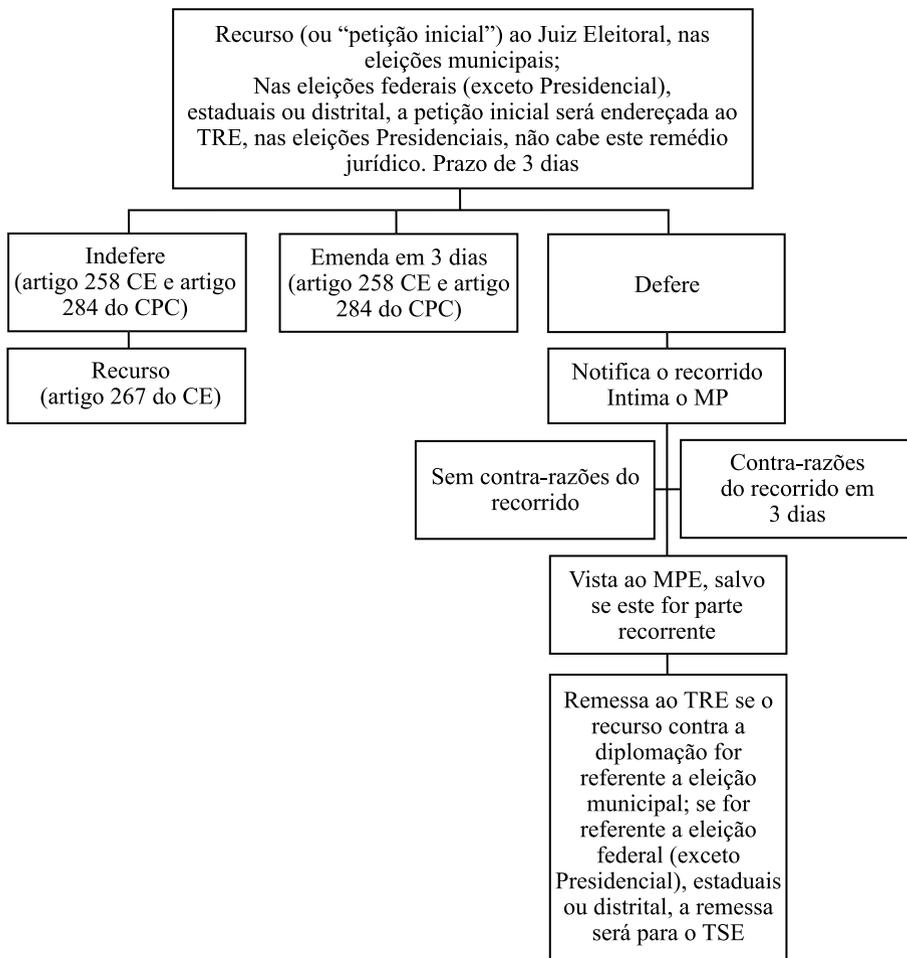
Anexo 1 - Fluxograma da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC).



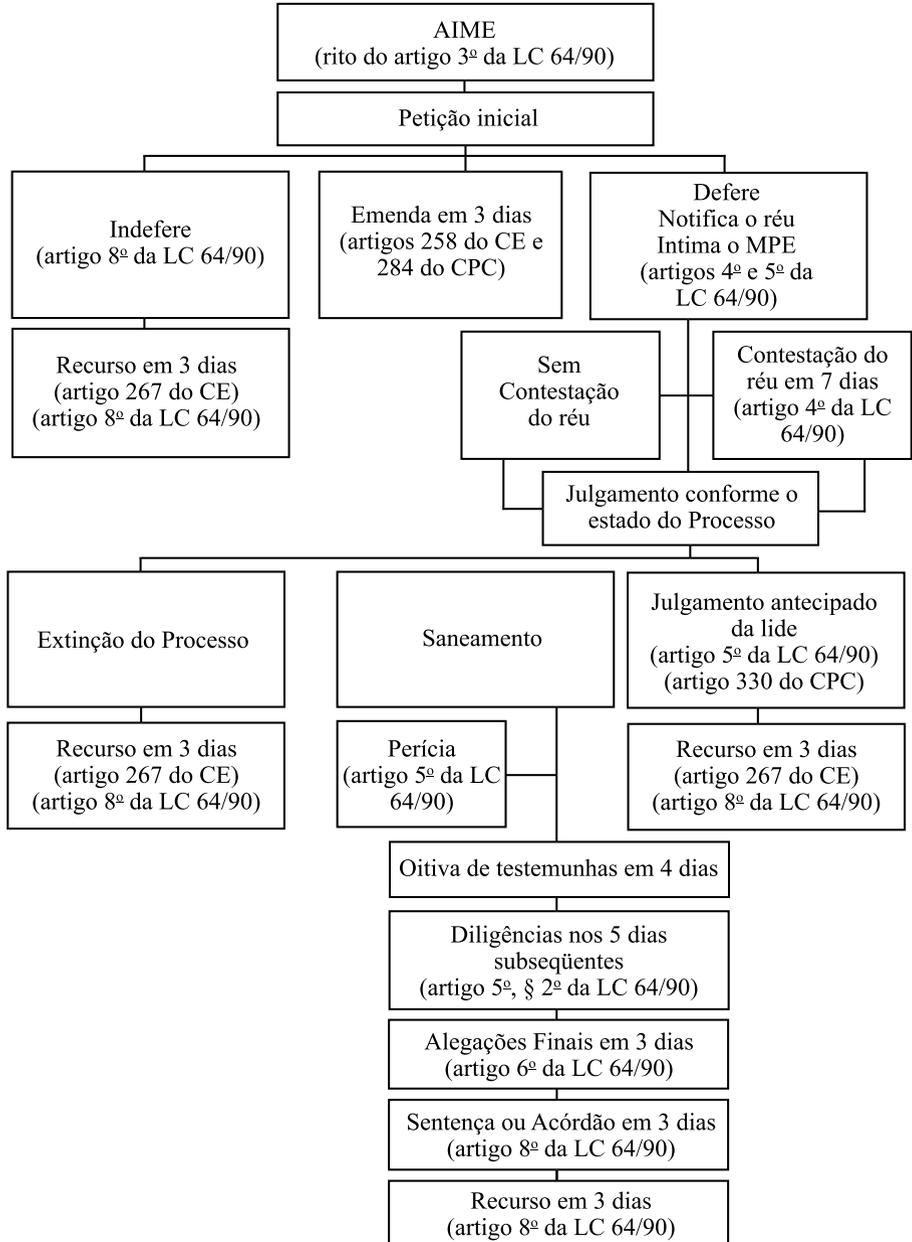
Anexo 2 – Fluxograma para Abertura de Ação de Investigação Judicial (AIJE).



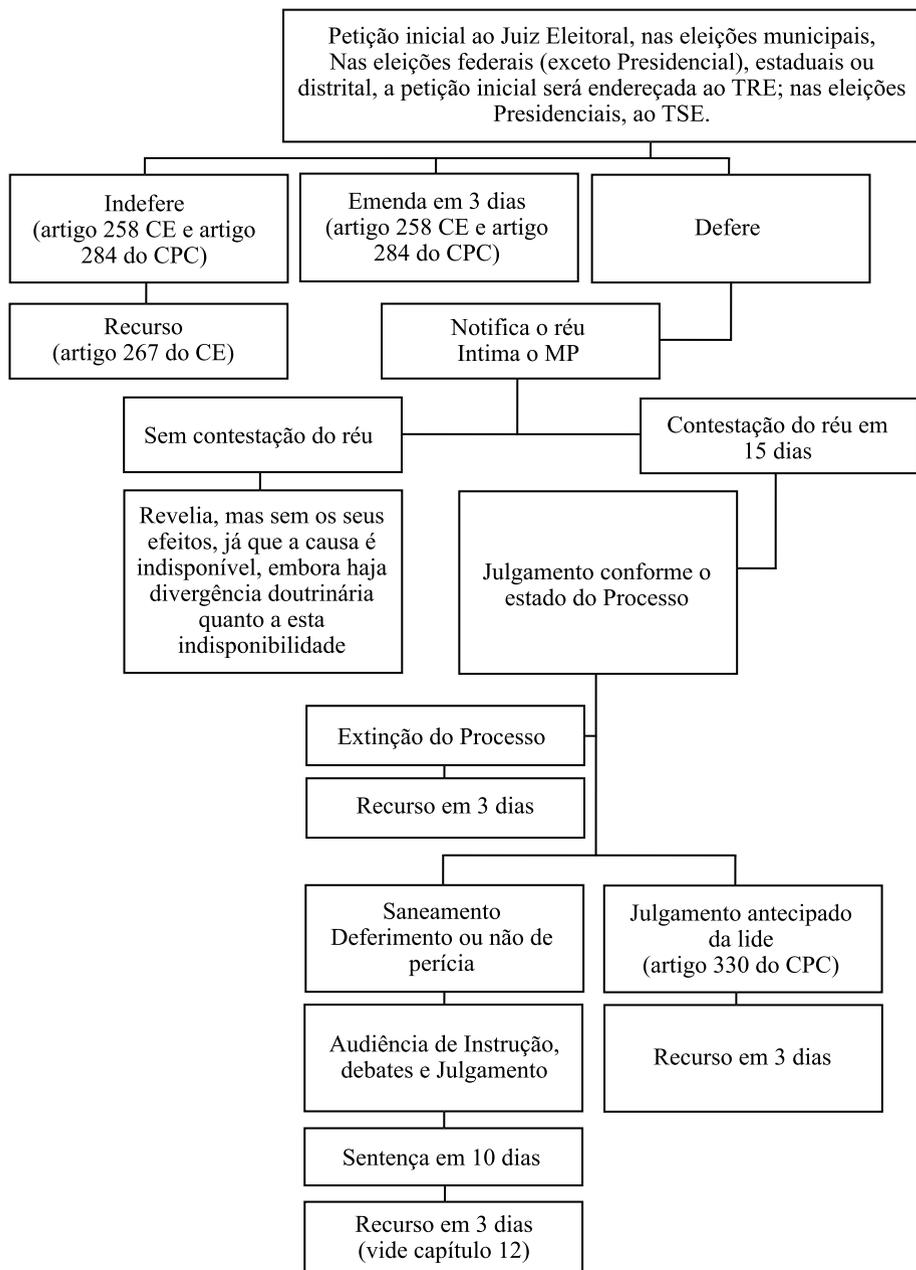
Anexo 3 - Fluxograma do Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED)



Anexo 4 - Fluxograma da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) - Rito ordinário do CPC; A doutrina aceita o rito descrito no fluxograma da AIJE



Anexo 4 - Fluxograma da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) - Rito ordinário do CPC; A doutrina aceita o rito descrito no fluxograma da AIJE



ASSUNTO ESPECIAL: DIREITO ELEITORAL

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE E SUA
(IN)APLICABILIDADE ÀS CONDUTAS PREVISTAS
NO ART. 73 DA LEI Nº 9.504/1997

Henry Petry Junior
Juiz de Direito – SC, Juiz Efetivo do TRE-SC
Mestre em Ciência Jurídica

Thiago Carriço de Oliveira
Promotor de Justiça Substituto-SC,
Mestrando em Ciência Jurídica

Sumário: 1 Introdução – 2 Desenvolvimento – 2.1 Princípios e regras – 2.2 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade: origens, características e fins – 2.3 O art. 73 da Lei nº 9.504/1997 – 2.4 Resolução das antinomias - 2.5 (In)Aplicabilidade às regras do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 – 3 Considerações finais – 4 Referências

1 Introdução

É propósito deste estudo colocar em debate tema ainda pouco discutido e realçar aspectos relevantes para a compreensão precisa (tanto quanto possível) das normas jurídicas da razoabilidade e da proporcionalidade como integrantes do direito constitucional brasileiro

e sua eventual repercussão no art. 73 da Lei nº 9.504/1997 – Lei das Eleições. Inicia-se distinguindo princípios e regras, depois se opera o enquadramento dessas normas na categoria a que pertencem e, após a análise do mencionado art. 73, e dos critérios de resolução dos conflitos entre diferentes normas, enfrenta-se especificamente a aplicação ou não dessas normas às condutas previstas naquele diploma. A temática é da maior atualidade e importância – e não só pelas eleições que se aproximam. Atualidade, porque são normas relativamente novas no sistema jurídico brasileiro e de utilização adequada ainda rara pelos protagonistas da cena judiciária (= operadores jurídicos). A importância prende-se ao fato de que a equivocada conceituação e utilização das normas da razoabilidade e da proporcionalidade colocaria em risco o próprio sistema de separação dos poderes, tisonaria a segurança jurídica e faria do intérprete senhor absoluto, sem parâmetros e limites, uma simbiose de legislador e juiz, um Hércules às avessas.¹

De outro lado, as condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei nº 9.504/1997 – Lei das Eleições, também não são de domínio geral, quer porque são relativamente recentes no direito eleitoral brasileiro, quer porque suas previsões ainda estão a exigir melhor exegese.

Nesse contexto, a invocação da aplicação das normas da razoabilidade e da proporcionalidade àquelas situações previstas no mencionado art. 73 sugere cautela, para dizer o mínimo. Contribuir para esse debate é o que se pretende, mas, nem de longe, exauri-lo.

2 Desenvolvimento

2.1 Princípios e regras²

ATIENZA e MANERO mencionam que a discussão que questionava a existência exclusiva de regras no direito teve início em um

1 DWORKIN, ao discorrer sobre a interpretação, criou a figura de um super-juiz, Hércules, dotado de poderes extraordinários, utilizados para solucionar os casos difíceis. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, especialmente p. 404-415. Título do original: *Law's Empire*.

2 Não é propósito deste tópico relatar os diferentes tipos de princípios ou de regras, mas

conhecido artigo escrito por DWORKIN, em 1967, com título interrogativo: “É o direito um sistema de regras?”³ Sensível à natureza diversa das regras e dos princípios, DWORKIN lançou luzes acerca de tema então na escuridão: não pode o direito conter apenas regras! A dinâmica social (mesmo na década de 60), o início do que hoje se chama globalização, a permanente conflituosidade e as tensões supra-individuais eram algumas das realidades que, direta ou indiretamente, impulsionavam a preocupação que movia DWORKIN. A repercussão da mudança do tecido social no direito era inevitável e estava, portanto, a exigir do intérprete e do legislador atuação compatível com essa nova realidade.

A evolução do estudo inicial de DWORKIN (e o avanço proporcionado por ALEXY, segundo BARROSO⁴) possibilitou que se estabelecessem critérios distintivos, e cientificamente aceitáveis, entre princípios e regras. Eis alguns critérios que permitem distingui-los: [a] a abstração; [b] a fundamentalidade no sistema das fontes do direito; [c] a proximidade da idéia de direito; e [d] a natureza normogenética.⁵

No que diz respeito à [a] **abstração** (ou distinção formal ou ainda generalidade), é importante considerar que os princípios são dotados de elevado grau de abstração. Diz-se que sua abstração é intensa, pois a leitura das disposições legais que os prevêm não permite precisa e única conceituação e, por conseqüência, sua aplicação não encontra uniformidade. Constituem-se em verdadeiras cláusulas abertas que permitem ao intérprete uma maior liberdade ao atuar, possibilitando-se que a Constituição, *v. g.*, na apreciação de princípios constitucionais, seja adequada a outros momentos, evitando que a todo o tempo tenha que ser modificada;⁶ já a regra

sim estabelecer as diferenças essenciais entre aqueles e estas e as soluções possíveis na ocorrência de tensão conflitiva.

- 3 ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996, p. XVII.
- 4 BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75.
- 5 COELHO, Inocêncio Mártires et ali. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 51-52.
- 6 BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 52.

regula uma situação específica, com seus contornos plenamente definidos, delimitada, pois, em seu corpo;⁷ [b] a **fundamentalidade** (ou natureza), porque os princípios exercem uma importância (= valor) superior à das regras, haja vista serem considerados superiores às “demais normas, surgindo a primeira razão de uma hierarquia, a qual determinará que os princípios tenham maior peso, maior influência, maior importância, na interpretação das normas constitucionais;”⁸ as regras cumprem missão a partir dos princípios.

Quanto à [c] **proximidade da idéia de direito**, verifica-se que o propósito a que servem é distinto, pois os princípios são destinados e estão voltados para a noção de justiça e as regras, para a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade;⁹ e [d] à **natureza normogenética**, os “princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”¹⁰ (destaque do original).

Por tudo, parece inevitável concluir que, considerando-se o estudo de DWORKIN e a evolução experimentada por princípios e regras, a distinção entre essas normas jurídicas é resultado da superação do positivismo¹¹ e do reconhecimento da força normativa dos princípios¹² (com vigor, aceitação e aplicação equivalente às regras). Enfim, da mudança de paradigma: é superada a concepção segundo a qual os princípios são dispositivos destituídos de sanção e qualificados como “meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito”,¹³ e as

7 SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 36-37.

8 BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: p. 51.

9 BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: p. 78-79.

10 COELHO, Inocêncio Mártires *et alli*. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, p. 52.

11 E do ingresso no pós-positivismo, segundo BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 281.

12 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 281.

13 ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 13.

constituições deixam de ser textos recheados de normas meramente programáticas e passam a ostentar *status* de “sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”¹⁴

Atualmente, princípios e regras são considerados espécies do gênero normas jurídicas^{15 16} - HART se referia à existência de regras primárias e de regras secundárias.¹⁷ Não há discussão conhecida que conteste a correção dessa afirmação: as normas jurídicas, *lato sensu*, por sua generalidade, comportam os princípios e as regras.

Assim colocada a questão, surge a primeira divergência: seriam as normas jurídicas da proporcionalidade e da razoabilidade princípios ou regras? Seriam institutos sinônimos?^{18 19} A proporcionalidade integra a razoabilidade?²⁰ Esses são os primeiros obstáculos a perturbar uma melhor compressão dessas normas jurídicas. Superado, surgem outros embaraços talvez de maior relevância ainda: qual a dimensão desses fenômenos e em quais situações podem ser aplicados? A proporcionalidade e a razoabilidade podem, mesmo isoladamente, ser aplicadas às condutas vedadas pelo art. 73 da Lei das Eleições? Algumas digressões sobre esses questionamentos constam nos tópicos seguintes.

14 BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. p. 338.

15 Porque ambos “se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição”, conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 277.

16 COELHO utiliza as expressões normas-regras e normas-princípios. COELHO, Inocêncio Mártires *et alli*. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, p. 44-52.

17 HART, H. L. A. **O conceito de direito** – com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 89-109. Título original: *The concept of law*.

18 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228 e 229.

19 STF, ADIn/PR 855, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 01.10.1993.

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 99.

2.2 Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: origens, características e fins

2.2.1 Também chamada de mandamento de proibição de excesso, a proporcionalidade é oriunda da Alemanha. Tem como essência e destinação a preservação dos “direitos fundamentais”,²¹ evitar o arbítrio, limitar o poder, enfim, preservar o ser humano (sobretudo do Estado). Não raro, presta-se também para solver litígio entre princípios constitucionais ou entre princípios e regras.²²

No Brasil, a proporcionalidade “pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional.”²³ Entre nós, é compreendida sob dois ângulos distintos: para um segmento os conceitos de proporcionalidade e de razoabilidade estão tão próximos que é possível confundi-los; para outro, são institutos decididamente diversos.

Para a primeira vertente, a proporcionalidade é composta de três elementos ou subprincípios,²⁴ quais sejam: a) **aptidão** (ou pertinência ou adequação) - aqui se perquire se o meio é certo para o fim público desejado;²⁵ b) **necessidade** (ou exigibilidade) - segundo o qual se analisa se o meio utilizado pelo julgador (ou pelo legislador) era indispensável para a persecução do fim almejado, de tal forma a atingir menos o direito afetado e seu eventual titular e, ainda, se não há excesso dispensável para a preservação desse fim. Em outras palavras, no dizer de THEODORO, valendo-se de lição de CANOTILHO, aqui se vê se “o fim não pode ser atingido de outra

21 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003, p. 63.

22 THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá Editora, 2005, p. 64.

23 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 434.

24 Expressão de BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 396.

25 Conforme APPIO, Eduardo Fernando, **Interpretação conforme a Constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 56, utilizando-se de nomenclatura da Prof^ª. Suzana de Toledo Barros, chama esse subprincípio de adequação ou idoneidade.

maneira que afete menos ao indivíduo”;²⁶ e c] e **proporcionalidade em sentido estrito** – via ponderação ou sopesamento, é o meio que enseja maior preservação dos direitos em litígio, permitindo que todos, no caso concreto, tenham a máxima eficácia possível. Realiza-se, inegavelmente, juízo de valor (critério axiológico).

Ainda, segundo THEODORO, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, está voltado para “a proporção entre o objetivo perseguido pela norma e o ônus imposto ao atingido, resultado este que só pode ser obtido mediante a ponderação realizada no caso concreto.”²⁷

Essa posição, certamente, remonta à conceituação que a Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) empresta à proporcionalidade, que, segundo APPIO, tem o seguinte teor:

[...]

o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.²⁸

Enfim, havendo tensão conflitiva ou mesmo colisão (entre princípios e direitos fundamentais, *v. g.*) a solução, diante do caso concreto, por meio da proporcionalidade, deverá ser alcançada com a aplicação desses três elementos (ou subprincípios), o que revela a função positiva e concreta dessa norma jurídica.

Entretanto, há quem compreenda a proporcionalidade como uma espécie de norma de correspondência entre os meios utilizados pelo legislador e o fim almejado, sem a incidência dos mencionados três subprincípios.

26 THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais**, p. 62.

27 THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais**, p. 63.

28 APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**. p. 56.

Essa segunda compreensão da proporcionalidade resta evidente em algumas decisões. Da jurisprudência do TSE extrai-se excerto de ementa que deixa patente essa posição:

[...]

O dispositivo do art. 73, § 5º, da Lei nº 9.504/97, não determina que o infrator perca, automaticamente, o registro ou o diploma. Na aplicação desse dispositivo reserva-se ao magistrado o juízo de proporcionalidade. Vale dizer: se a multa cominada no § 4º é proporcional à gravidade do ilícito eleitoral, não se aplica a pena de cassação.²⁹

Sem embargo dos defensores dessa segunda posição, esta não parece ser a mais adequada. Não há dúvidas que o estabelecimento de componentes (ou subprincípios) à proporcionalidade permitirá que a interpretação da norma - e mesmo a aplicação dela - submeta-se a critérios definidos, cientificamente aceitáveis, de forma a preservar os fins a que serve e a evitar excessos desmedidos ou voluntarismo³⁰ absolutamente impróprio ao Estado Democrático de Direito. É que, adotada a segunda posição, estaria o intérprete autorizado a, *v. g.*, diante do caso concreto, aplicar a proporcionalidade ao singelo argumento de que a sanção prevista é exagerada, “desproporcional” e inadequada para a infração praticada. Bastaria, nesse caso, ao intérprete, quase que aleatoriamente, como se legislador fosse, simplesmente extirpar do sistema a sanção, porque lhe é demasiada para a atuação realizada.

Essa preocupação não escapou a GUERRA FILHO:

[...] cabe desde já tomar em consideração o problema de sua tendência ao que se chama na doutrina alemã de “*Oberdehnung*”, “super-expansão”, para designar um exagero ao empregá-lo, que levaria a um “relaxamento” na aplicação da lei (cf. HIRSCHBERG, *ob. Cit.*, p. 239s). **Para prevenir que isso aconteça, nada melhor do que atribuir “reflexividade” ao princípio de modo que só se**

29 TSE, Acórdão 5.343, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS.

30 Linha de pensamento que dá predominância à vontade (individual).

possa aplicá-lo mediante um exame da “adequação”, “exigibilidade” e “proporcionalidade” de fazê-lo. [...]”³¹ (destacou-se ao final).

Dir-se-á que a exigência dos três subprincípios como integrantes do princípio da proporcionalidade anulará a salutar preocupação que move os defensores da posição aqui superada (segundo a qual, a proporcionalidade é mera norma de correspondência entre meios e fins). Não é assim, pois a correta interpretação dos três subprincípios, necessária e obrigatoriamente, envolve a mencionada correlação entre meios e fins.

Imperiosa, pois, a observação desses três subprincípios para a melhor compreensão e aplicação da proporcionalidade.

2.2.2 Diversamente, a razoabilidade tem origem anglo-saxônica e se desenvolveu sobretudo no direito norte-americano (a partir da evolução do devido processo legal), basicamente em duas grandes fases, que ainda coexistem: a primeira, chamada processual (*procedural due process*), e a segunda, considerada substancial (*substantive due process*). Na primeira, a ênfase estava na regularidade processual (penal, civil e administrativo) e tinha como norte o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça; na segunda, passou-se a admitir que o judiciário poderia analisar a substância dos atos do poder público, via controle jurisdicional da constitucionalidade das leis^{32, 33}.

BARROSO menciona que a razoabilidade deve se submeter a dois critérios: interno e externo. No critério interno, indaga-se, na norma, a existência de correlação racional e proporcional entre o que a motivou, os meios utilizados e os fins almejados; no aspecto

31 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 85.

32 Nesta fase, destaca-se a célebre decisão do juiz MARSHALL, então presidente da Suprema Corte Americana, no caso Marbury versus Madison, em 1803, oportunidade em que, diante do conflito entre a constituição e uma lei, assentou-se pioneiramente a garantia da revisão judicial dos atos dos poderes públicos e a supremacia da Constituição, conforme DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 118/111-113.

33 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: p. 219 e 220.

externo, que se dá fora da norma, perquire-se se os meios e os fins são adequados à Lei Fundamental.³⁴ Enfim, segundo o mesmo autor, a razoabilidade é “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça.”³⁵ Acrescenta, logo em seguida, que, para minimizar a inevitável carga de subjetividade, razoável é o “que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia.”

Na mesma linha, VAZ assevera que a razoabilidade se constitui em nova vertente no processo civil, voltada para a busca permanente de justiça. Segundo ele,

Reflete uma realidade nova no processo civil. Uma vertente que busca na essência das normas os ideais de justiça social”.³⁶ Mais adiante, consigna que, por meio da razoabilidade, “buscase a adequação das normas jurídicas à realidade concreta e personalizada de cada titular de direito, à luz dos valores que inspiram os interesses e direitos conflitantes, tudo com vistas a se alcançar o máximo de suas finalidades.”³⁷

Todavia, a compreensão esposada por esses autores, inegavelmente próxima ao conceito de proporcionalidade,³⁸ não é a mesma de outros doutrinadores. A razoabilidade, para outra vertente doutrinária, é norma jurídica que encerra correspondência com o senso médio das pessoas. Ou seja, se a solução legal agredir o sentimento médio dos cidadãos, destinatários da existência do próprio Estado, invoca-se esse princípio para expungir o inadequado, para eliminar o excessivo. Sua função e finalidade é extirpar aquilo que for além da mediania social. Segundo SCHÄEFER, a “desobediência ao princípio

34 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: p. 226.

35 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: p. 224.

36 VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002, p. 26.

37 VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**, p. 27.

38 Diria idêntica se se considerar a proporcionalidade exclusivamente como correlação entre meios e fins.

da razoabilidade significa ultrapassar os limites do que as pessoas em geral, de plano, consideram aceitáveis, em termos jurídicos.³⁹ Tem a razoabilidade, pois, conteúdo inegavelmente negativo.

Essa segunda leitura da razoabilidade (de obediência ao senso médio) parece mais consentânea com o sistema constitucional brasileiro. Embora as posições estejam voltadas para fins assemelhados, percebe-se que a primeira posição (a razoabilidade é uma adequação entre meios e fins e conformação à Lei Fundamental, no seu aspecto externo) inexoravelmente a aproxima da proporcionalidade, de tal forma que as normas chegam a se confundir, o que é de todo indesejável. Esse contexto levou BARROSO, como dito, a considerá-las normas sinônimas e, na avaliação do mencionado aspecto externo, chegou a se referir a critério de “razoabilidade-proporcionalidade”,⁴⁰ como se do mesmo instituto se tratasse.

Também está a prejudicar a interpretação sustentada por BARROSO o fato de que a razoabilidade tem origem e desenvolvimento em países que seguem o direito do precedente (*commow law*), nos quais, por óbvio, na ausência de pleno parâmetro normativo, a invocação e aplicação da razoabilidade se revelou e ainda se mostra da maior importância.

Não é a situação do Brasil, de origem romano-germânica e de observação, por consequência, do direito legislado (*civil law*). Veja-se que entre nós a primeira fase (processual) dessa compreensão da razoabilidade estaria prejudicada (no mais das vezes) à medida que o devido processo legal (contraditório mais ampla defesa) é direito fundamental,⁴¹ implementado por meio da legislação infraconstitucional - notadamente os códigos e demais diplomas instrumentais. E não seria diferente com a segunda (fase substancial), haja vista que o País tem um dos sistemas mais ricos e fecundos de controle da constitucionalidade (por via de ação e de exceção), podendo a inconstitucionalidade ser reconhecida e pronunciada inclusive *ex officio*⁴² (de forma incidental).

39 SCHÄEFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: p. 105.

40 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: p. 228 e 229.

41 CRFB/1988, art. 5º, LV.

42 Pois qualquer pronunciamento judicial é “ato de jurisdição constitucional. O juiz sempre faz jurisdição constitucional. É dever do magistrado examinar, antes de qualquer

Nos países de orientação romano-germânica, notadamente no constitucionalismo contemporâneo, a chamada análise segundo o aspecto externo (correspondência entre meios e fins com a Lei Fundamental), integrante da razoabilidade segundo a primeira posição, nada mais seria do que a cotidiana e obrigatória análise de conformidade dos atos do poder público (inclusive legislativos) com a constituição, exegese da qual não pode se afastar o intérprete em países dessa origem. Portanto, inócua, com toda a *venia* possível, a invocação da razoabilidade sob esse fundamento.

Assim, identificadas as origens e a estrutura da razoabilidade, conclui-se, até por exclusão, que essa norma jurídica só pode ser compreendida como instrumento à disposição do hermeneuta para eliminação do que exceder ao senso médio da população.

2.2.3 É possível dizer, de tudo que se viu, que [a] os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade são institutos autônomos (ou seja, não são sinônimos e, muito menos, um está contido no outro), e [b] no sistema brasileiro, a natureza e a estrutura dessas normas fazem com que elas se ajustem à categoria dos princípios, e não das regras, conforme sustenta segmento majoritário do pensamento nacional,^{43 44} mas não sem divergência.⁴⁵ Adicione-se, em reforço, que, embora se tratem de valores inegavelmente constitucionais,⁴⁶ referidas normas não encontram previsão específica na Lei Fundamental, contexto que afasta a idéia de regra à medida que esta, sabidamente, tem contornos certos e determinados. A regra, é certo, não convive com a imprecisão. Para a regra, aplica-se a subsunção, o que é inviável para as normas jurídicas da proporcionalidade e da razoabilidade.

coisa, a compatibilidade do texto normativo infranconstitucional com a Constituição.” - STRECK, Lenio Luiz. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/ExecPenLLS>. Acesso em 16/11/2004.

43 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. p. 63 e segs.

44 APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: p. 56-57.

45 SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT 798, ano 2002, p. 23-50.

46 STF, ADIMC 1813/DF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJU de 05.06.1998, e HC 76060/SC, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 15.05.1998.

2.3 O art. 73 da Lei nº 9.504/1997

Antes da análise desse dispositivo propriamente dito, é relevante registrar que a chamada Lei das Eleições, que é de 30 de setembro de 1997, foi promulgada após a introdução do instituto da reeleição no País, o que ocorreu por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6 de junho de 1997. Talvez mais importante ainda, para os fins deste trabalho, é que a reeleição não veio acompanhada da exigência de desincompatibilização para o pretendente a um novo mandato no mesmo cargo (executivo). Esse cenário, até então inexistente, fez com que a Lei nº 9.504/1997 passasse a integrar o direito eleitoral brasileiro, agora de forma *perene*.

Tal contexto mereceu a seguinte consideração do TRE-SC:

Cotejando-se datas e institutos, razoável concluir que a Lei Eleitoral pode ser entendida como regra infraconstitucional demarcatória das liberdades e vedações para garantia da lisura dos pleitos. E que, dessarte, serve inclusive ao fornecimento de instrumental bastante a gerir os inevitáveis conflitos decorrentes da adoção da reeleição sem afastamento do cargo, modelo abraçado pelo Direito Objetivo brasileiro.⁴⁷

Em decorrência disso, considera-se, até por intuição, que a Lei das Eleições, além de estabelecer comandos permanentes para os embates eleitorais, desde as questões administrativo-organizacionais dos pleitos (mesas receptoras, pesquisas, voto eletrônico etc) até a previsão das ações proibidas (= condutas vedadas), também está destinada a alcançar, além da mencionada lisura, a igualdade entre os disputantes, materialmente inclusive. Daí surge, com inescandível vigor, o mencionado art. 73, que tem o seguinte teor (no que é importante para este trabalho):

Das Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servi-

47 TRE-SC, excerto do voto do rel. Juiz MÁRCIO LUIZ FOGAÇA VICARI, Acórdão 20.416, j. em 15.02.2006.

dores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;

II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram;

III - ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado;

IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público;

V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;

- b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;
- c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;
- d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;
- e) a transferência ou remoção ex officio de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;

VI - nos três meses que antecedem o pleito:

- a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública;
- b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral;
- c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo;

VII - realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição.

VIII - fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos.

[...]

§ 4º O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR.

§ 5º Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI do caput, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma. Parágrafo com nova redação dada pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999.

§ 6º As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

[...].

Veja-se que seu *caput* registra a vedação às “condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades”, valendo dizer que o bem juridicamente tutelado é, sem dúvida, a igualdade entre os concorrentes. Tanto é esse o propósito dessa disposição que há infrações lá previstas que só podem ser praticadas ou por candidato à reeleição a cargo executivo ou por candidato de situação, este indiretamente (p.

ex., art. 73, incisos III, IV e V).⁴⁸ Estabelecendo infrações “próprias”, por assim dizer, deixou incontestado o legislador que, para atingir a igualdade material, necessário considerar a desigualdade existente entre os desiguais (candidato à reeleição, ou de situação, *versus* de oposição), servindo esse dispositivo, então, como instrumento fundamental para o equilíbrio entre os diferentes candidatos.

A presença de infrações cunhadas de “próprias”, nesse art. 73, exalta, a nosso sentir, que a preocupação primária (e maior) do legislador era com o candidato à reeleição a cargo executivo ou com o candidato por ele apoiado, pois somente o situacionista, reiterese, pode realizar algumas práticas previstas naquele diploma. Vale dizer, a igualdade material só será alcançada, ao menos em tese, com a ausência de práticas violadoras. O alvo, pois, é impedir o abuso de poder, porque este atinge de morte a igualdade.

A identificação correta dos bens juridicamente tutelados pela norma (quais sejam, a lisura e a igualdade) ensejou decisões judiciais e posições doutrinárias que merecem ser registradas. Por incontáveis vezes, o TSE assentou que a prática de conduta vedada, por si só, “estabelece presunção objetiva da desigualdade. Leva à cassação do registro ou do diploma.”⁴⁹ Na mesma direção, já se pronunciou a Corte Catarinense.⁵⁰

Não é diversa a posição da doutrina. CONEGLIAN assevera que, ocorrendo conduta vedada, não será possível dizer que a ação proibida não foi tendente a “afetar a igualdade de oportunidades, porque nenhuma dessas condutas é aceita, porque elas afetam realmente a igualdade de oportunidades”. E, em seguida, conclui que “O que o *caput* quer dar a entender é que todas essas condutas tendem a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos, e por isso são proibidas.”⁵¹ (destaque do original).

48 Conforme TRE-SC, Acórdão 20036, rel. Juiz HENRY PETRY JUNIOR, j. 20.06.2005.

49 TSE, Acórdão 24862-RS, rel. designado Min. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA, j. em 09.06.2005. No mesmo sentido: TSE, Acórdão 21380-MG, rel. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA, j. 29/06/2004.

50 TRE-SC, Acórdão 19796, rel. Juiz RODRIGO ROBERTO DA SILVA, j. em 10/12/2004.

51 CONEGLIAN, Olivar. **Lei das Eleições Comentada**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 443.

O magistério de DECOMAIN tem a mesma direção. Sustenta o autor catarinense:

Embora o dispositivo diga que as condutas devam ser tendentes a afetar a igualdade de oportunidade entre os candidatos nos pleitos eleitorais, serão elas punidas, nos termos dos parágrafos deste artigo, mesmo que tal objetivo concretamente não chegue a ser alcançado. As práticas elencadas nos incisos são proibidas e serão punidas, mesmo que o resultado concreto, de benefício a determinado partido, coligação ou candidato, evidentemente com potencial prejuízo para os outros, não se verifique.”⁵²

Por fim, não há dúvida que o conteúdo do art. 73 da Lei das Eleições, em toda sua extensão, é de regra e não de princípio.

2.4 Resolução das antinomias

A coexistência de normas jurídicas (princípios e regras) de estrutura e fins distintos pode resultar, muitas vezes, em antinomias⁵³ (entre princípios, entre regras e entre princípios e regras), com o que o direito, enquanto ordenamento, não pode conviver.⁵⁴ As diferenças existentes fazem com que a solução de um e outro conflito também seja distinta.

Havendo colisão entre princípios (chamada antinomia jurídica imprópria), urge que se busque a compatibilização entre eles, harmonizando-os tanto quanto a situação permite, de forma

52 DECOMAIN, Pedro Roberto. Eleições – Comentários à Lei nº 9.504/97. São Paulo: Dialética, 2004, p. 352.

53 Antinomia, segundo MELO, é a “Contradição entre normas ou entre princípios dentro de um sistema jurídico. A solução desse tipo de conflito implica uma ação político-jurídica que significa, no caso de contradição entre princípios, na aplicação daquele mais consentâneo com a equidade e, entre normas, se inaplicáveis os critérios fixados pela Dogmática Jurídica, na revogação ou derrogação daquela menos benéfica à Sociedade.” MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2000, p. 11.

54 COELHO, Inocêncio Mártires *et alli*. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, p. 45.

que possam coexistir, permitindo-se eficácia máxima possível a cada qual deles.⁵⁵

GUERRA FILHO sustenta:

Já com os princípios tudo se passa de modo diferente, pois eles, na medida em que não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, considerados da forma abstrata como se apresentam para nós, no texto constitucional, não entram em choque diretamente, são compatíveis (ou “compatibilizáveis”) uns com os outros.

E conclui:

Contudo, ao procurarmos solucionar um caso concreto, que não é resolvido de modo satisfatório aplicando-se as regras pertinentes ao mesmo, inquirindo dos princípios envolvidos no caso, logo se percebe que esses princípios se acham em um estado de tensão conflitiva, ou mesmo, em rota de colisão. A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia.⁵⁶

Ou seja, a colisão entre princípios (dois ou mais) é superada mediante a atribuição de peso aos princípios em litígio, prevalecendo aquele que tiver maior relevo ou valor (critério axiológico), mas sem retirar a validade do(s) outro(s) princípio(s),⁵⁷ considerado(s) na hipótese concreta de menor relevo ou valor. A solução se dá, pois, no plano axiológico.

55 A expressão eficácia ótima é utilizada por HESSE para, no conflito entre direitos fundamentais, permitir que mesmo na colisão aquele princípio inferiorizado no caso concreto permaneça em vigor com o máximo alcance. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 262. Título original: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.

56 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 55.

57 SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: p. 38-39.

Em suma, resolve-se o conflito a partir do caso concreto e, nele, será possível dar dimensão preponderante ao princípio prevalecente (porque preserva valor maior). Esse exercício do hermeneuta exige-lhe tarefa árdua, pois, além de identificar o valor determinante a indicar o princípio maior, na espécie, haverá de preservar ao máximo a extensão do princípio preterido.

O mesmo não ocorre no conflito entre regras (chamado antinomia jurídica própria), pois esse deve ser superado no plano da validade.⁵⁸ Noutras palavras, como as regras são proposições voltadas para fins específicos e determinados, eventual colisão entre duas regras deve ser resolvida geralmente mediante subsunção:⁵⁹ valerá uma ou outra, e a preterida será afastada, totalmente, porque incompatível.⁶⁰ Também é possível a solução desse conflito por meio de uma cláusula de exceção, consistente em uma regra que serviria justamente para remover a colisão.⁶¹

BARROSO expõe:

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (“*all or nothing*”). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.⁶² (destaques do original).

58 BOHN, Claudia Fernanda Rivera. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **A constituição no mundo globalizado**. DOBROWOLSKI, Silvio (org.). Florianópolis: Editora Diploma Legal, 2000, p. 140.

59 COELHO menciona a possibilidade de resolução desse conflito com a utilização dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. COELHO, Inocêncio Mártires *et alli*. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, p. 46.

60 COELHO, Inocêncio Mártires *et alli*. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, p. 45.

61 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 279.

62 BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: p. 342.

É possível dizer, em síntese, que a semelhança existente na solução dessas antinomias (entre princípios e entre regras) está no fato de que, nas duas situações, o encaminhamento se dá a partir do caso concreto. Mas as similitudes cessam aí, porquanto: a] a solução do conflito entre regras ocorre no plano da validade e, geralmente, via subsunção; entre princípios, no campo axiológico (= valor), via ponderação; e b] na tensão entre regras, aquela desconsiderada (no plano da validade), é afastada pelo intérprete e não produz, no caso concreto, qualquer efeito, como se não existisse; na tensão entre princípios, aquele preterido coexiste com o preponderante e espraia ao máximo seus efeitos (ou recua o mínimo), embora sem prejudicar a carga do prevalente.

Podem haver ainda o conflito entre princípio e regra (que chamamos de antinomia jurídica anômala). Ocorrendo, deve preponderar a regra, diz BARROSO, mais de uma vez.⁶³ O raciocínio é o seguinte: se a regra passar pelo filtro constitucional (vale dizer, se a regra é constitucional),⁶⁴ é seu teor que deve preponderar no eventual conflito com algum princípio (inclusive constitucional). Diferente será, diz o mesmo autor, se, no conflito concreto, a regra atingir a essência do princípio, porque o núcleo essencial do princípio tem natureza de regra⁶⁵ – mesmo sem declaração de inconstitucionalidade com efeito contra todos.

Logo, o conflito entre regra e área não nuclear de princípio deve ser resolvido em favor daquela, mas a colisão entre regra e parte nuclear de um princípio deve ser solvida em favor deste,⁶⁶ ⁶⁷ como será possível visualizar no item subsequente.

63 BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: p. 70 e 77.

64 Não se está sustentando a necessidade de ação declaratória de inconstitucionalidade para o reconhecimento do vício, mas sim que, no exercício da hermenêutica constitucional, o intérprete avalie primeiramente se a regra em estudo é ou não conforme a Constituição.

65 BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: p. 74-75. O autor descreve os princípios como se fossem dois círculos, um menor (área nuclear) e outro maior (área não nuclear), que envolve o primeiro. O círculo menor, por constituir-se na essência do princípio, passa a ser determinado e por isso com natureza de regra, devendo portanto ser sempre preservado.

66 BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: p. 82 e 341.

67 Não é relevante para este trabalho a apontada preponderância do princípio da dignidade humana, inclusive para resolução de conflito entre normas jurídicas, como sustentado por abalizada doutrina (COELHO, Inocência Mártires *et alli*. **Hermenêutica constitucional e**

2.5 (In)Aplicabilidade às regras do art. 73 da Lei nº 9.504/97⁶⁸

Algumas considerações iniciais são relevantes. Em primeiro lugar, é inevitável consignar que a inconstitucionalidade só há de ser reconhecida, em quaisquer das formas possíveis, quando da hermenêutica constitucional ficar suficientemente claro que restou violada a Lei Fundamental; do contrário, não haverá pronunciamento de inconstitucionalidade. Vale dizer, a presunção é de constitucionalidade. Em segundo, o exame de constitucionalidade desse dispositivo já foi realizado no âmbito das casas legislativas do Congresso Nacional, bem como por ocasião da sanção presidencial. Não houve identificação de vício. Não se tem conhecimento, em terceiro lugar, de pronunciamento judicial, em qualquer instância, acerca da inconstitucionalidade das regras do art. 73.⁶⁹

Ademais, é

[...] princípio informativo da técnica de controle de constitucionalidade o da presunção reforçada de constitucionalidade da norma legal que venha sendo aplicada pelos tribunais em relativamente largo espaço de tempo, sem oposição quanto à sua conformidade com a Carta, ou com majoritário afastamento dessa oposição, exatamente a hipótese.⁷⁰

Assim, tendo em conta que o art. 73 da Lei das Eleições, em vigor há mais de 8 (oito) anos, é reiteradamente aplicado pelos tribunais, e considerando que as normas jurídicas da razoabilidade e da proporcionalidade são princípios constitucionais, a ausência de decisão, sobretudo da Corte Constitucional brasileira, reconhecendo

direitos fundamentais. p. 49), porque, no contexto eleitoral, [a] sempre haverá adversário do infrator a invocar o mesmo princípio da dignidade e [b] parece difícil visualizar alguma situação do art. 73 da Lei das Eleições a atingir a ‘área nuclear’ desse princípio.

68 Não se destina este tópico a analisar eventual inelegibilidade (para a mesma eleição) de candidato condenado por infringir o art. 73.

69 Há decisões, sobretudo de primeiro grau, admitindo a inconstitucionalidade do art. 41-A da Lei das Eleições.

70 TRE-SC, excerto do voto do rel. Juiz MÁRCIO LUIZ FOGAÇA VICARI, Acórdão 20.416, j. em 15.02.2006.

a inconstitucionalidade, permite concluir, neste momento, que as diferentes emanações do art. 73 não violam a Lei Fundamental.

Mas ainda é necessário que se analise esse dispositivo legal à vista, especificamente, dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. Embora essas normas, como visto, devam ser interpretadas a partir do caso concreto, são possíveis algumas reflexões eminentemente teóricas acerca do tema.

2.5.1 No tocante ao princípio da razoabilidade, se bem compreendida essa norma, a questão que se apresenta, em última análise, é a seguinte: são razoáveis os termos e as sanções do art. 73, segundo o senso médio dos cidadãos? A resposta é seguramente positiva, e não só porque a legislação, presume-se, observa o sentimento médio da população a que serve. Mas também, como consta da jurisprudência do TRE-SC, porque:

Tenho que o art. 73 da Lei nº 9.504/1997 não infringiu os limites materiais ditados pela ordem constitucional brasileira, pois, certamente, **quis o legislador infraconstitucional expurgar a impunidade em relação aos abusos do poder econômico e do poder político nos pleitos eleitorais, o que, consabidamente, reforça os princípios constitucionais relacionados aos Direitos Políticos (art. 14 e segs. da CF) e da Administração Pública insertos no art. 37 da Carta Republicana [...].**

Com a devida vênia do entendimento assentado pelos recorrentes, uma lei que nasceu por iniciativa popular, com a coleta de milhões de assinaturas por todos os Estados da Federação, e o esforço de entidades respeitabilíssimas, tais com a OAB/Federal, a CNBB, etc., e cujo intuito maior é tornar os pleitos mais legítimos e com menos influência possível do poder econômico, não comporta esse juízo de valor atribuídos pelos recorrentes.

[...]

Não me parece que o artigo sob análise contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não razoáveis), ao revés, impõe regras para proteger a coisa pública (coisa de todos nós) que, por consequência, possibilita a construção de uma regra de prevalência, conforme amplamente admitido pelos tribunais pátrios.⁷¹ (original sem destaque).

O anseio popular não estava presente só na edição da chamada Lei das Eleições, mas também nas suas alterações. CONEGLIAN, ao comentar o § 5º desse art. 73, na redação da Lei nº 9.840/1999, comenta que esse diploma de alteração foi haurido “nas asas da iniciativa popular contra a corrupção eleitoral.”⁷²

Em reforço, consigne-se que esse sentimento ainda permeia a consciência dos verdadeiros destinatários dessa disposição legal. As tentativas oficiais de alteração da legislação eleitoral; as iniciativas voltadas para evitar ou dificultar o que se convencionou chamar de “caixa dois” nas campanhas eleitorais; a responsabilização direta dos candidatos pelo teor das contas prestadas ou não prestadas; a criação de movimentos sociais contra a corrupção (reunindo diversas entidades); a noticiada promiscuidade entre o público e o privado (que tem como alicerce inicial o financiamento das campanhas eleitorais) etc., são sinais eloqüentes de que o conteúdo do art. 73 da Lei das Eleições e o senso médio da população estão em sintonia, fina até.

Por tudo, não parece adequado invocar o princípio da razoabilidade para mitigar a extensão da lei, se ela, como visto, não só é de iniciativa popular (aqui na forma direta) como está voltada para concretizar os anseios ainda majoritários da população. Pensar-se o contrário significaria utilizar o princípio que visa a proteger o senso médio coletivo justamente para ignorá-lo.

71 TRE-SC, excerto do Acórdão nº 19936, rel. Juiz OSCAR JUVÊNCIO BORGES NETO, j. em 02.05.2005.

72 CONEGLIAN, Olivar. **Lei das Eleições**, p. 466.

2.5.2 No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade, é de se lembrar, inicial e novamente, que “Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos”,⁷³ à medida que a prevalência a ser destacada, notadamente no terceiro subprincípio, deverá levar em conta as circunstâncias do caso concreto. Mesmo assim, tenho que possíveis singelas contribuições para solução de eventual conflito.

A primeira operação a ser realizada consiste na identificação das normas jurídicas em conflito,⁷⁴ objetivando, num segundo momento, possibilitar ao intérprete a amoldagem aos seus três subprincípios. Em tese, e é o que se tem visto nos tribunais, possível vislumbrar tensão conflitiva entre, de um lado, o princípio democrático⁷⁵ e o da soberania⁷⁶ e, de outro, as sanções previstas no art. 73, sobretudo aquela concernente à cassação do registro ou do diploma (§ 5º, na redação da Lei nº 9.840/1999).

Apontadas as normas em aparente conflito, é momento de verificar se as diferentes emanações do art. 73 passam pelo filtro dos subprincípios do princípio da proporcionalidade – assim se faz, porque, por óbvio, os princípios democrático e da soberania, como princípios, podem recuar sua extensão quando em conflito com outra norma, desde que seu núcleo essencial seja preservado.

Eis os questionamentos, então: 1] o conteúdo do art. 73, em toda sua extensão, é **apto** (ou pertinente ou adequado) (primeiro subprincípio)? Sim, pois inegavelmente o meio empregado (a lei e seu conteúdo) está vocacionado para o fim público almejado (lisura das eleições e igualdade entre os candidatos). A lei não guarda vício, quer no seu aspecto formal, quer no material. Não parece que essa indagação possa suscitar maiores preocupações, haja vista que a resposta positiva é segura; 2] o art. 73 é **necessário** (segundo subprincípio)? Difícil imaginar que seja possível buscar aqueles desideratos (lisura

73 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**, p. 183, in COELHO, Inocêncio Mártires *et alli*. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

74 Na prática, o exame fica facilitado à medida que a invocação desses princípios compele o argüente a apontar, precisamente, os direitos em litígio.

75 CRFB/1988, arts. 1º, § único, e 60, §4º, II.

76 CRFB/1988, art. 1º, I.

e igualdade) que não com o teor preciso da lei e com a sua aplicação pelo julgador. Não há como, no Estado Democrático de Direito, outro meio que carregue a mesma eficácia.⁷⁷ Também não se vislumbra excesso a ser expungido à medida que, sem a sanção severa, não haveria como estabelecer, em potência, igualdade entre os candidatos e buscar lisura dos pleitos, sobretudo no cenário da reeleição sem desincompatibilização; e [3] esse dispositivo, notadamente o seu § 5º, é **proporcional em sentido estrito**? A resposta aqui não é única, a meu sentir, razões há muitas para considerações mais amiúde.

Recorde-se que, no caso concreto, não havendo solução no filtro dos dois primeiros subprincípios, no terceiro, coloca-se ao hermeneuta a difícil missão de avaliar os direitos em conflito e, por meio de critério axiológico (= valor), utilizando o sopesamento ou a ponderação, identificar o direito-valor preponderante, mantendo quanto possível o direito-valor preterido.

A primeira resposta, que chamarei de *in abstracto*, permite dizer, *a priori* e genericamente, que, diante dos valores abstratamente⁷⁸ em confronto, há de ser preservado aquele objeto da regra (art. 73), pois os princípios (*in casu*, o democrático e o da soberania) recuam seu campo de atuação e aquela, a regra, além de incidir na base do tudo ou nada, também está calcada nesses mesmos princípios, por óbvio. Isso porque, em abstrato, reafirme-se, essa colisão está teoricamente situada na chamada área não nuclear dos princípios. Afinal, já se disse que a sanção prevista nesse art. 73 “não viola o princípio da proporcionalidade, pois leva em consideração o desequilíbrio causado com a prática da ação comissiva, que lesa a normalidade e legitimidade das eleições e o interesse público primário da lisura eleitoral.”⁷⁹

Ademais, a preponderância da regra preserva a democracia e a soberania, mas o mesmo não se concretizaria na hipótese inversa,

77 Reitere-se, porque relevante, que não se está analisando esse dispositivo e seus eventuais efeitos quanto à inelegibilidade do infrator para a eleição na qual houve a conduta vedada.

78 Consigno que aqui a expressão abstratamente é utilizada porque se analisa *in thesi* as disposições do art. 73, sem qualquer incidência em caso concreto, contexto fático-específico-jurídico que poderá levar à conclusão diversa, como se verá a seguir.

79 TRE-SC, Acórdão 20.195, rel. Juiz PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA, j. em 22/08/2005.

pois, como se viu, a regra seria extirpada. Aduza-se, no particular, importante registro que se extrai da jurisprudência do TRE-SC:

Igualmente destituída de fundamento a repetida alegação do recurso de que a cassação atentaria “contra a vontade livre, democrática e soberana da população Montecastelense” porque também essa vontade popular deve obedecer às regras legais das quais ninguém, no Estado Democrático, pode se eximir. Atos tipificados na lei como condutas vedadas deturpam a vontade popular transformando o resultado do pleito em mera aparência, destituída, em verdade, do necessário conteúdo legitimador. Argumentos como esses, na realidade, defendem a própria inutilidade da Justiça Eleitoral e do conjunto da legislação eleitoral e partidária: se bastasse o resultado das eleições obtido **de qualquer modo**, a Constituição da República não teria previsto este Tribunal. E estaríamos de volta ao período em que os fins justificavam os meios. Felizmente, a busca permanente do Direito é a de negar tal postulado.⁸⁰ (grifo do original).

Pode-se argumentar que é especialmente paradoxal, de outro lado, invocar o princípio da proporcionalidade em favor justamente do candidato à reeleição a cargo executivo ou do situacionista por ele apoiado. É que as regras do art. 73, como visto, servem exatamente, com suas vedações, para tentar “igualar” esse candidato (à reeleição ou de situação) aos demais concorrentes. Essa argüição, *venia*, em tese, ofende até mesmo as origens desse salutar princípio.

É que, como recorda APPIO, a proporcionalidade tem “sua etiologia histórica ligada aos gregos, em especial à figura de Aristóteles, o qual, no livro V de seu *Ética a Nicômaco* (escrito entre 335 e 330 a. C.), já consignava a importância do valor igualdade ou isonomia”⁸¹. Continua o mesmo autor dizendo que

80 TRE-SC, excerto do voto do rel. Juiz MÁRCIO LUIZ FOGAÇA VICARI, Acórdão 20.416, j. em 15.02.2006.

81 APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a Constituição*: p. 56.

A idéia de igualdade, na aplicação do princípio da proporcionalidade, como se abordará adiante, subsiste até nossos dias, até porque inaceitável um conceito formal de igualdade perante a lei, insuficiente na atualidade de forças de mercado.⁸²

Possível acrescentar que a aplicação do princípio da proporcionalidade ao art. 73, e decorrente atenuação genérica de seu conteúdo, serviria justamente para fomentar a desigualdade, à medida que, ao menos reflexamente, permitiria condição superior ao infrator (sobretudo ao candidato da situação). Teoricamente, a igualdade material restará observada se aquelas regras forem aplicadas da forma como postas, pois assim se alcançará o equilíbrio entre os desiguais, atingir-se-á o equilíbrio entre as diferentes forças eleitorais.

Todavia, há uma segunda abordagem, que chamarei de *in concreto*, que leva a outra conclusão. Tendo em conta que uma norma “constitucional pode ter aplicação inconstitucional”,⁸³ pode haver situação específica em que se colocam, em frontal e insuperável colisão, essa mesma regra, com suas severas conseqüências (especialmente do § 5º), e o núcleo essencial dos princípios democrático e da soberania. O que se quer ressaltar é a possibilidade de haver, agora concretamente, reitere-se, situação da vida que coloque em risco a própria existência desses princípios, das eleições e do sufrágio. Nessa hipótese-limite, preponderante o conteúdo da regra, chegar-se-ia ao extremo de a Lei das Eleições se tornar um fim em si mesmo – e não um instrumento valioso de lisura dos pleitos e concretização de igualdade entre os mais diferentes candidatos. O propósito desse diploma e do art. 73, na sua totalidade, é legitimar o resultado das urnas, não se substituir a ele. Por vezes, será bastante a multa (§ 4º).

Imagine-se a seguinte situação: determinado candidato à reeleição a cargo executivo, após cumprir exitoso primeiro período, obtém expressiva votação e conquista um segundo mandato com mais de 45% (quarenta e cinco por cento) dos votos válidos. Seu adversário mais próximo chega a 10% (dez por cento) dos sufrágios. Todavia, no período vedado, mais precisamente na véspera da

82 APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: p. 56.

83 VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**, p. 29.

eleição, a prefeitura municipal faz veicular diminuta e insignificante matéria que caracteriza publicidade institucional (art. 73, VI, *b*).

Nessa situação hipotética, ao intérprete, inevitavelmente, apresentar-se-ia a seguinte encruzilhada: a] ou opta pela aplicação do art. 73, VI, *b*, combinado com o § 5º da Lei das Eleições, com conseqüente cassação do registro ou do diploma, dando-se a diplomação do segundo colocado,⁸⁴ que obteve ínfima aprovação popular; ou b] aplica a interpretação segundo a qual, em situações desse jaez, devem prevalecer os princípios democrático e da soberania, pois do contrário seu núcleo central restaria ignorado - preservada a aplicação de multa, pois, afinal, conduta vedada houve e “exagerada” é, somente, a cassação.

Em outras palavras, tenho que somente em situação do gênero, extremada, é que devem preponderar os princípios democrático e da soberania, pois ao revés, reafirme-se, seria eliminá-los por completo, atingindo visceralmente sua parte nuclear. Na espécie, realizar a mera subsunção e aplicar a presunção objetiva significaria dar valor preponderante à regra e, aí sim, fazê-la um fim em si mesmo, como se o bem juridicamente tutelado fosse ela própria e não a lisura dos pleitos e a igualdade entre os candidatos. Não parece o mais adequado, com a devida *venia*, já que os valores em conflito, nessa situação hipotética, obviamente, recomendam a prevalência dos princípios.

O TRE-SC enfrentou situação assemelhada. Dias antes das eleições, na emissora local de rádio, no período matutino, fez-se divulgar, uma única vez, por cerca de dez minutos, texto compatível com a figura da publicidade institucional. O candidato *beneficiado* (expressão do § 5º do art. 73) havia logrado êxito em sua reeleição. Colhe-se do corpo da sentença adotada como fundamento do acórdão:

[...].

Mas a aplicação da sanção pode violar um outro direito, o da soberania da vontade popular, que no caso decidiu, por mais da metade dos eleitores que votaram validamente, escolher o represen-

84 Pois o somatório dos votos nulos, no exemplo, mais os atribuídos ao candidato-infrator não alcançaria percentual a exigir nova eleição (metade mais um), conforme art. 224 do Código Eleitoral.

tado como futuro Prefeito [...], dentre os quatro concorrentes.

E não se pode, a toda evidência, pretender atribuir a superioridade da chapa encabeçada pelo representado em relação aos concorrentes aos 10 minutos de programa institucional proibido levado ao ar pela Rádio [...] no dia 21 de setembro de 2004. Tal conclusão seria absurda e nem mesmo o representante ousaria sustentá-la. Se há dúvida até mesmo quanto à ocorrência de alguma vantagem, jamais se pode admiti-la nessa tamanha proporção.

Então, se é certo que o discutido programa não alterou o resultado da eleição, não faz sentido punir por punir, dando prevalência ao processo eleitoral em si em detrimento do seu fim.

Neste contexto, retirar o mandato de quem o conquistou com o apoio de 50,27% (11.516 votos) dos eleitores que votaram validamente para entregá-lo ao segundo colocado, sufragado por 25,79% (5.906 votos) do mesmo universo de eleitores, é uma providência que ao meu sentir não faz justiça ao representado e muito menos à população da cidade.

[...].

Entre os dois direitos, em sendo certo que o indigitado programa não teve capacidade de alterar o resultado do pleito (e se alguma incidência teve foi desprezível diante dos números finais), há de prevalecer o da vontade popular, manifestada no exercício de um dos mais importante direito da cidadania: o voto.⁸⁵

85 TRE-SC, Acórdão 20.109, rel. Juiz OSCAR JUVÊNCIO BORGES NETO, j. em 06.07.2005. Juiz sentenciante OSMAR TOMAZONI.

Esclareça-se, por cautela, que não se está a exigir potencialidade para a caracterização de quaisquer das figuras previstas no art. 73. Mas, sim, preservando - até em homenagem ao princípio da livre apreciação motivada das provas - a sempre presente margem de interpretação atribuída ao hermenêuta, a exigir dele, no caso concreto, a melhor e mais adequada solução.

Aliás, a boa hermenêutica constitucional contemporânea há de ser compreendida com forte apelo humano e social. DINIZ destaca:

[...] hermenêutica é cultura e, portanto, obra humana. O intérprete, apesar de dever respeitar a estrutura daquilo que se lhe apresenta como objeto - no caso, a norma jurídica - não está adstrito à intenção do autor, porque ela se fez história, ingressou no mundo da tradição e dele recebeu toda a bagagem cultural que lhe antecede. É, ao mesmo tempo, o objeto, o produto e parte da história. Ele cria, porque re-presenta (faz novamente presente) o objeto, recria as suas conexões de sentido com a realidade no momento concreto em que sobre ele se dedica. Aliás, esse é o motivo pelo qual uma norma pode, num determinado momento, receber um determinado sentido mas, posteriormente, em face de determinadas circunstâncias, adquirir um sentido diferente. O que não se admite, no entanto, é que ela seja desnaturada (perca a sua natureza por ato de outrem) ou deformada (perca a sua conformação).⁸⁶ (grifei).

Não se pode esquecer, por fim, importante lição de GUERRA FILHO acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade. Após exaltar a necessidade de incidência criteriosa, registra:⁸⁷

86 DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**, p. 268.

87 O raciocínio lembra o princípio do utilitarismo de BENTHAM, segundo o qual o primeiro princípio a ser observado por um código é o da maior felicidade para o maior número possível, conforme BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia

[...].

Com isso, pode-se reservar a utilização dele para o momento oportuno e necessário, quando for essa a providência mais de acordo com a finalidade última do ordenamento: o maior benefício possível da comunidade com o mínimo sacrifício necessário de seus membros individualmente.⁸⁸
(destaquei).

Há situações, como visto, em que afastar o princípio da proporcionalidade, no seu terceiro subprincípio, seria fazer justa e exatamente o contrário do apregoado pela melhor doutrina: o maior sacrifício possível da maioria com benefício impensável para representante de uma minoria!

A jurisprudência ilumina essa direção. Veja-se que os precedentes adiante mencionados estão sintonizados com o que se registrou, eles destacam a necessidade de interpretação cautelosa e cuidadosa e, com isso, afastam o entendimento, segundo o qual a solução se dá, sempre, via subsunção, *verbis*:

Conduta vedada – Art. 73, I, da Lei nº 9.504/97
– Uso de veículo – Polícia Militar – Caráter eventual
– Conduta atípica. Cassação de registro - Representação – Art. 96 da Lei nº 9.504/97 – Possibilidade.

1. A melhor interpretação do inciso I do art. 73 da Lei nº 9.504/97 é aquela no sentido de que a cessão ou o uso de bens públicos móveis e imóveis em benefício de candidato ou partido ocorra de forma evidente e **intencional**.

[...].⁸⁹

Na mesma direção, o TRE-SC já se pronunciou:

do direito. Compiladas por Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 100 (grifo do original).

88 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 85.

89 TSE, REsp nº 18.900 - SP, rel. Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, DJU de 29/06/2001, p. 211.

[...].

- CONDUITAS VEDADAS A AGENTES PÚBLICOS - USO DE BEM PÚBLICO E DE SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO EM BENEFÍCIO DE CANDIDATO - ADESIVOS DE CANDIDATO COLOCADOS EM VEÍCULOS PARTICULARES - ILEGALIDADE NÃO-CARACTERIZADA.

[...]

As reprimendas pela prática de condutas vedadas não de ser aplicadas com temperança pelo julgador, pois, embora objetivem preservar a legitimidade e a regularidade do pleito, a sua imposição absoluta, sem um critério de adequação razoável, pela simples ocorrência do comportamento vedado, poderá malferir a vontade popular ao cassar o registro e o diploma de candidato eleito pelo povo, subvertendo o princípio republicano do sufrágio popular.

Assim, demonstrado que a propaganda, apesar de ferir a legislação de regência, foi incapaz de malferir a regularidade e a legitimidade do pleito eleitoral, seria totalmente desproporcional cassar o mandato eletivo conferido ao candidato, mostrando-se suficiente, no caso, a imposição da penalidade pecuniária.⁹⁰

Não destoam o TSE:

Representação. Art. 73, IV, da Lei nº 9.504/97. Participação. Prefeito. Candidato à reeleição. Campanha de vacinação. Conduta vedada. Não-subsunção do fato à norma legal. Precedentes. Reexame. Fatos e provas. Impossibilidade.

1. A mera participação do Chefe do Poder Executivo Municipal em campanha de utilidade pública não configura a conduta vedada a que se refere o art. 73, IV, da Lei nº 9.504/97. Há, *in*

90 TRE-SC, Acórdão 20.018, rel. Juiz PEDRO MANOEL ABREU, j. em 13.06.2005.

casu, ausência de subsunção do fato à norma legal. Precedente: Acórdão nº 24.963.

2. A intervenção da Justiça Eleitoral há de se fazer com o devido cuidado no que concerne ao tema das condutas vedadas, a fim de não se impor, sem prudencial critério, severas restrições ao administrador público no exercício de suas funções.

Agravo regimental a que se nega provimento.⁹¹
(grifos meus).

Os precedentes transcritos, se não diretamente, ao menos reflexivamente, estão a indicar a necessidade de a interpretação ocorrer “caso-a-caso”, tendo em conta as circunstâncias concretamente presentes, e exaltam que há sim margem de atuação para o hermeneuta. De outra via, afastam, ao menos nessas situações-limite, a aplicação singela da subsunção, apoiada na presunção objetiva.

2.5.2.1 Em suma, tem-se que, em tese, não é possível dizer que as disposições do art. 73 da Lei das Eleições ofendam o princípio da proporcionalidade, porquanto aquelas emanações cumprem papel da maior relevância no cenário político-jurídico-eleitoral brasileiro. Observar seu conteúdo é preservar a lisura dos pleitos e possibilitar condições de igualdade, no sentido formal e material, entre os mais diferentes candidatos. Em outras palavras, no mencionado conflito entre princípios e regra, é de se consignar que o raio de atuação desse provimento normativo, hipoteticamente, situa-se na área não-nuclear dos princípios, devendo o conteúdo da regra ser preservado.

Porém, nem sempre o exercício da subsunção (que muitas vezes é bastante, registre-se) é suficiente para a melhor interpretação. Considerar que esse meio de interpretação sempre esgota a *quaestio* é perigoso, faz do intérprete um autômato, faz lembrar a escola da

91 TSE, ARREsp 24.989 – RN, rel. Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, j. em 31.05.2005.

exegese⁹² ou reviver a interpretação meramente dogmática.⁹³ E pode levar, como visto, a situações nas quais os princípios democrático e da soberania restariam atingidos em seu núcleo essencial, o que não é harmônico com o vigente sistema constitucional. Nesse contexto extremo, deve ser preservada a área-nuclear dos princípios.

Enfim, tem-se que, de tudo que se viu, é de se aplicar o art. 73 da Lei nº 9.504/1997 com equilíbrio, ponderação e moderação, levando em conta o local do embate eleitoral, a conduta vedada e suas circunstâncias, o meio empregado para a concretização da infração (se, p. ex., meio radiofônico ou mídia impressa), sua propagação etc. Em síntese, procurar reconstruir, com a precisão que o ser humano alcançar, o que efetivamente ocorreu e em que grau, identificando tanto quanto possível seus contornos. Assim será possível dizer se, *in concreto*, houve ou não malferimento da área-nuclear do princípio mencionado.

3 Considerações finais

- Viu-se que os princípios e as regras, espécies do gênero normas jurídicas, têm origens, natureza, estrutura e fins diversos, razão por que coexistem no ordenamento jurídico brasileiro.

- Constatou-se que as normas jurídicas da razoabilidade e da proporcionalidade se enquadram na categoria dos princípios, e não das regras, e que a disposição do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 – Lei das Eleições, amolda-se à categoria de regra.

- Destacou-se a importância não só desse art. 73, mas de todo o conteúdo da Lei das Eleições, sobretudo porque sancionada e vigente

92 Escola de origem francesa que nasceu sob a influência do Código de Napoleão de 1804 e que estava “identificada com o fetichismo da lei e culto ao código promulgado pelo imperador” (ou seja, do próprio Napoleão), conforme COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 226.

93 Aquela, segundo BOBBIO, que se “limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 78. Título original: *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico: anno accademico 1975-1976*.

em cenário político-eleitoral que permite a reeleição sem desincompatibilização.

- Foi possível consignar que os conflitos entre princípios, entre princípio e regra e entre regras, são solvidos de maneira distinta. Como os princípios podem recuar, no caso concreto, seu raio de atuação, aplica-se-lhes, no litígio, a ponderação ou o sopesamento, com ênfase no critério axiológico (= valor), o mesmo devendo ocorrer na tensão entre princípio e regra; ao passo que no conflito entre regras, que são aplicadas à base do tudo ou nada, o intérprete deve se valer da subsunção, aplicando a preponderante e eliminando, integralmente, a regra preterida no caso concreto.

- Estabeleceu-se que o princípio da proporcionalidade, se utilizado equivocadamente, pode implicar em sua expansão indevida, fragilizando-o pela prodigalidade, razão por que sua aplicação está jungida aos seus três subprincípios, o que permitirá sua invocação criteriosa e com base cientificamente aceitável.

- Registrou-se que o princípio da razoabilidade, nos sistemas de origem romano-germânica, deve ser compreendido como norma que permite ao intérprete, no caso concreto, extirpar a conclusão-solução que não está sintonizada com o sentimento médio da população.

- Asseverou-se que a aplicação de quaisquer das sanções do art. 73, inclusive seu § 5º, não agride o senso médio da população, razão por que o princípio da razoabilidade não é de ser aplicado a essa disposição legal.

- Concluiu-se que as disposições do art. 73 da Lei das Eleições, com conteúdo de regra, passam sem dificuldade pelo filtro dos dois primeiros subprincípios da proporcionalidade. Todavia, no terceiro subprincípio, proporcionalidade em sentido estrito, a análise deve se dar caso-a-caso.

- Exaltou-se, nesse terceiro subprincípio, que o intérprete, no caso concreto, deve considerar, na sua plenitude, a conduta tida por vedada, com todos os seus contornos, determinando, via critério axiológico, a melhor solução: ou a preponderância da regra, com suas implicações, ou a dos princípios democrático e da soberania, prestigiando, neste caso, a decisão popular.

- Registrou-se, em suma, que o conteúdo da regra, na tensão conflitiva, prepondera sobre o princípio, salvo se, no exercício da melhor hermenêutica, apurar-se que a prevalência da regra atingir o núcleo essencial do princípio, caso em que este deverá prevalecer.

- De qualquer forma, asseverou-se que, nas questões submetidas ao art. 73, o hermenauta nem sempre deve exaurir sua interpretação à mera subsunção, sob pena de exageros inaceitáveis, mas, sim, enfrentar, analiticamente, a partir da conduta considerada violadora, todo o contexto que envolve o quadro sob apreciação.

4 Referências

APPIO, Eduardo Fernando. **Interpretação conforme a Constituição**: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luis Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 78. Título original: *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico: anno accademico 1975-1976*.

BOHN, Claudia Fernanda Rivera. A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **A constituição no mundo globalizado**. DOBROWOLSKI, Silvio (org.). Florianópolis: Editora Diploma Legal, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 – Lei das Eleições.

- BRASIL. STF, ADIMC 1813/DF, rel. Min. Marco Aurélio.
- BRASIL. STF, ADIn/PR 855, rel. Min. Sepúlveda Pertence.
- BRASIL. STF, HC 76060/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence.
- BRASIL. TRE-SC, Acórdão 20.036, rel. Juiz Henry Petry Junior.
- BRASIL. TRE-SC, Acórdão 19.936, rel. Juiz Oscar Juvêncio Borges Neto.
- BRASIL. TRE-SC, Acórdão 20.109, rel. Juiz Oscar Juvêncio Borges Neto.
- BRASIL. TRE-SC, Acórdão 20.018, rel. Juiz Pedro Manoel Abreu.
- BRASIL. TRE-SC, Acórdão 19.796, rel. Juiz Rodrigo Roberto da Silva.
- BRASIL. TRE-SC, Acórdão 20.416, rel. Juiz Márcio Luiz Fogaça Vicari.
- BRASIL. TSE, Acórdão 5.343, rel. Min. Humberto Gomes de Barros.
- BRASIL. TSE, Acórdão 24.862-RS, rel. designado Min. Luiz Carlos Lopes Madeira.
- BRASIL. TSE, Acórdão 21.380–MG, rel. Luiz Carlos Lopes Madeira.
- BRASIL. TSE, ARREsp 24989 – RN, rel. Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos.
- BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- COELHO, Inocêncio Mártires *et alli*. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CONEGLIAN, Olivar. **Lei das Eleições Comentada**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Eleições – Comentários à Lei nº 9.504/97**. São Paulo: Dialética, 2004.
- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título do original: *Law's Empire*.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito** – com um pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Título original: *The concept of law*.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p.

262. Título original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHÄEFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT 798, ano 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/ExecPenLLS>. Acesso em 16/11/2004.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

A PERSISTÊNCIA DA DOCTRINA, A ATUAÇÃO DA MAGISTRATURA, A EVOLUÇÃO DO DIREITO: O NOVO PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

Pedro Henrique Távora Niess
Subprocurador-geral da República
Professor titular de Direito Processual Civil da UNIFMU

Sumário: 1 O procedimento da ação de impugnação de mandato eletivo - a posição inicial do TSE - 2 O enfoque doutrinário do tema - 3 A absorção, pelo Tribunal Superior Eleitoral, da proposta doutrinária - 4 Breves anotações sobre o novo procedimento da ação de impugnação de mandato eletivo

1. O procedimento da ação de impugnação de mandato eletivo - a posição inicial do TSE

Ao consagrar no seu texto a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), dando-lhe merecido relevo, a Constituição de 1988 cometeu seu conhecimento, expressamente, à Justiça Eleitoral, a fim de evitar que de sua apreciação viesse a ser, indevidamente, excluída, sob o pretexto de que fosse o limite da competência dessa Justiça Especializada demarcado pela diplomação dos eleitos.

Aliás, a legislação ordinária que a inspirou já expunha que a diplomação não tinha o poder de impedir “a perda do mandato pela Justiça Eleitoral” quando obtido este “por meio de abuso do poder político ou econômico” (Lei nº 7.493, de 16 de junho de 1986, art. 23), ou, noutros termos, que o mandato eletivo poderia ser impugnado “ante a Justiça Eleitoral” com suporte na existência de abuso do poder, corrupção ou fraude e, mais amplamente, à vista de “transgressões eleitorais” (Lei nº 7.664, de 29 de junho de 1.988, art. 24).

Eis os textos dos parágrafos 10 e 11, do art. 14, da Constituição Federal:

Art. 14. (*Omissis*)

[...]

§ 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.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

A afirmação, portanto, de que a expedição dos diplomas demarca a fronteira que separa o âmbito de cognição da Justiça Eleitoral e da Justiça Comum, feita após 1988, dentre outros, por Tito Costa e Pinto Ferreira, não pode ser tomada em sentido absoluto¹, nem mesmo quando se fale em diplomação irrecorrida², esgotado o tríduo destinado à sua impugnação mediante a interposição do chamado recurso contra a expedição de diploma, porque admissível o ajuizamento da demanda

1 V. COSTA, Antonio Tito. **Recursos em matéria eleitoral**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 32; PINTO FERREIRA, **Código Eleitoral Comentado**, São Paulo, Saraiva, 1991, p.48.

2 “Com o trânsito em julgado da diplomação exaure-se a competência da Justiça Eleitoral para todos os efeitos do processo eleitoral. A posterior comprovação de abuso do poder econômico pode dar lugar à imposição das sanções do art. 237 do Código Eleitoral ou de sanções penais, mas não implicará, por si mesma, desconstituição de diploma ou de mandato do parlamentar responsável pelos fatos apurados” (TSE, ac. N. 7.939, Rel. Min. José Guilherme Vilella, DJU de 12.12.1984, p. 21.746.

em prazo maior, na quinzena que se segue ao mesmo evento.

Da leitura da disposição da qual emana a ordem, ao contrário, apura-se que a data da expedição dos diplomas é o termo inicial do prazo de caducidade para a propositura da ação.

O objeto da ação impugnatória, diferentemente do que ocorre com o recurso previsto no artigo 262, do Código Eleitoral³, é diretamente o mandato e reflexamente a diplomação, respeitadas as opiniões em sentido diverso⁴. A diplomação, como acima dito, é o indicador do momento em que começa a fluir o lapso temporal destinado ao ataque ao mandato. Mas, não bastasse a especificação registrada, reconhece a Lei Maior, noutro dispositivo, genericamente, que há casos em que a *Justiça Eleitoral* pode decretar a perda de mandato (CF, artigo 55, inciso V).

Com a preocupação de inserir definitivamente a ação de impugnação de mandato eletivo no âmbito de cognição da Justiça Eleitoral, à vista do seu conteúdo material e dos fins a que ela se dirige, o legislador constituinte, na esteira que seguiu o legislador ordinário antes de 5 de outubro de 1988, como esclarecido, deu ao preceito constitucional em debate redação próxima daquela contida na Lei nº 7.664, de 29 de junho de 1988.

O empenho do legislador, em atribuir à Justiça Eleitoral a análise de pendência desse teor, deveria ser encarado como uma predeterminação, amadurecida com a experiência, para que a ação buscasse no bojo das regras peculiares à especialização aquelas inerentes à sua completa disciplina, sobressaindo o acatamento ao *princípio da celeridade* do processo.

No entanto, a ausência de norma especial que explicitasse o procedimento que a AIME deveria seguir, e na consideração de que

3 De acordo com o Ministro Sepúlveda Pertence, o chamado “recurso” contra a diplomação tem, na verdade, o caráter de ação desconstitutiva de ato administrativo, afirmando o Ministro Peçanha Martins, de forma radical, que “o recurso contra expedição de diploma trata-se, na verdade, de uma ação contra a diplomação” (Acórdão nº 613, Rel. Carlos Velloso – Jurispr. do Tribunal Superior Eleitoral, v. 14, nº 2, Abr/Jun, 2003, pp. 125-147). Já por isso também se evidenciara antes a competência mais ampla da Justiça Eleitoral.

4 Tito Costa, por exemplo, afirma que a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo investe contra a diplomação. *In Recurso em Matéria Eleitoral*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 185.

o processo eleitoral busca socorro, subsidiariamente, nas previsões estabelecidas pelo processo civil comum, concluiu a magistratura que a ação mencionada deveria respeitar o procedimento ordinário albergado no Código de Processo Civil.

2. O enfoque doutrinário do tema

Em sede doutrinária, diante desse quadro, formaram-se duas correntes: uma, conquanto consternada, cônsona com a jurisprudência que se formara; e outra que não admitia a interferência do processo civil comum, na espécie, sobrepondo-se às normas pertinentes de natureza eleitoral.

Mas mesmo a primeira corrente, não obstante concordasse com a validade jurídica da referida posição, fazia-o, em geral, à falta de vislumbrar outra alternativa que se oferecesse à aprovação imediata, apresentando argumentos *de lege ferenda*, no aguardo da produção de lei que viesse a preencher a lacuna que via existente, criando um rito apropriado à AIME; presa ao raciocínio de que não havendo rito previsto aplica-se o procedimento ordinário, prestigiava-o, por ser o único passível de ser empregado naquelas circunstâncias, conquanto o rejeitasse, na essência, por considerá-lo inadequado ao desígnio perseguido.

Ou seja, aceitando, ou não, a possibilidade da admissão do procedimento ordinário comum para o caminhar do processo instaurado com a propositura da ação de impugnação de mandato eletivo, os estudiosos insurgiram-se contra a situação que em tais termos se apresentava.

Desde 1991, em palestras, e em pareceres que emitimos na condição de Procurador Regional Eleitoral em São Paulo, perfilhamos a teoria da impropriedade da adoção, pela ação eleitoral, do rito ordinário do processo civil comum, reiterando essa ótica em estudos publicados, sempre firmes na convicção de que o transporte do modelo procedimental descrito no Direito Processual Civil para o Direito Processual Eleitoral não havia satisfeito o escopo almejado pelo apontado preceito superior, que receitava por si, atuação judicial mais dinâmica.

A repetição de nossos argumentos fazia-se acompanhar, sempre, da atualização da voz da doutrina, engrossada pela adesão de autores do mais alto coturno.

Porém, *de acordo com a tendência jurisprudencial* que a respeito se pusera, considerou-se omissa a legislação em vigor acerca de procedimento especial a ser observado pela ação de impugnação de mandato eletivo, e não se acomodando ela às hipóteses elencadas no artigo 275 do Código de Processo Civil, que trata do procedimento comum sumário, *corresponder-lhe-ia o procedimento ordinário*, por ser este o critério da lei.

Eis a síntese do pensamento que levava a esta inferência: o artigo 271 do mesmo Código declara que a todos os casos, salvo disposição em contrário, aplica-se o procedimento comum, e o artigo 272 esclarece que o procedimento comum se biparte em ordinário e sumário, aplicando-se a este último e aos procedimentos especiais, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário; o artigo 271, assim, estabelece que uma das formas pelas quais se expressa o procedimento comum – o *ordinário* – tem o amplo emprego a que se refere o segundo dispositivo citado; serve a todas as causas que não têm procedimento peculiar, bem como, supletivamente, às que o têm, desde que as normas do procedimento ordinário não colidam com as que lhe são próprias.

O acerto desse raciocínio iluminou o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, expresso no voto que proferiu no Recurso nº 8.798, Classe 4^a, que acabou por triunfar no Tribunal Superior Eleitoral⁶ e, conseqüentemente, nos Tribunais Regionais Eleitorais⁷.

Todavia, a correta ilação pretoriana deveria ter por referência a legislação eleitoral, aplicáveis as regras do processo comum apenas supletivamente.

A proposta era que se perscrutasse, então, se, à ausência de programação específica, cogitaria o Direito Eleitoral de procedimento comum, como tal aproveitável em mais de uma causa e apto a alcançar o fim colimado pela AIME.

5 Acórdão nº 11.951, DJU de 07.06.91.

6 Acórdão nº 11.915, Rel. Min. Flaquer Scartezzini, *julgados do TSE* nº 10/8 (dez/94).

7 TRE/SP, Acórdão nº 104.258, Rel. Juiz Américo Lacombe; Acórdão nº 103.258, Rel. Des. Álvarez Cruz.

Isto feito, a resposta seria, como é, positiva.

A Lei Complementar nº 64, de 1990, ao traçar o roteiro da ação de impugnação a pedido de registro de candidato, já descrevia o figurino adequado para se atingir diploma expedido – e, conseqüentemente, o mandato que da diplomação decorre – ao tratar da ação de impugnação de registro de candidato (AIRC), como gizado no seu artigo 15, *verbis*:

“Art. 15. Transitada em julgado a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou *declarado nulo o diploma se já expedido*” (grifo nosso).

Mandou o legislador que a ação de impugnação de mandato eletivo, por seu turno, conquanto voltada diretamente contra o mandato, alcançasse o diploma expedido, por via oblíqua.

O fato de referir-se o preceptivo à ação declaratória não impediria, com o é evidente, que se lhe aplicasse o mesmo modelo procedimental. A natureza da ação, considerada em virtude da sentença desejada, não poderia interferir no rito adotável, cuja descoberta se faz sob outro prisma.

De outro lado, o encontro da resposta, à indagação acima feita, *na lei complementar*, não desprezaria a advertência, de Antonio Carlos Mendes, de que “curvando-se à cláusula *due process of law*, a lei complementar indicará o procedimento aplicável às inelegibilidades”⁸, sabendo-se que a ação de impugnação de mandato eletivo – tal como a ação de impugnação a registro de candidato – visa à apuração de causa que também pode repercutir nessa seara, inclusive no que tange à inelegibilidade trienal, segundo pensamos (LC nº 64/90, art. 1º, I, *d*).

Assim, ponderamos, à época, que conjugadas as determinações provenientes do espírito e da letra dos comandos da Constituição Federal com as previsões específicas da Lei Complementar nº 64/90, e, supletivamente, se necessário, do Código de Processo Civil, encontraríamos o procedimento (ordinário eleitoral) da ação de impugnação de mandato.

Na justificativa dessa proposição, foi enfatizado que não se

8 MENDES, Antonio Carlos. **Introdução à Teoria das Inelegibilidades**, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 133.

poderia alegar que o princípio do contraditório e da ampla defesa restaria arranhado se inobservado o rito ordinário do processo civil comum, porque também rege o processo, notadamente o eleitoral, o princípio da celeridade da Justiça, neste caso digno, igualmente, de reverência destacadamente imprescindível, sob pena de frustrar-se o desiderato constitucional. Na explicação de Canotilho, “os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica do tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso”⁹.

Se fosse verdadeira a assertiva segundo a qual a adoção, pela ação de impugnação de mandato eletivo, do rito da Lei Complementar nº 64, de 1990, prejudicaria o amplo direito de defesa do réu, a objeção compreenderia a própria ação de impugnação de registro de candidato por seguir o procedimento repudiado, e não há notícia de qualquer decisão, dos tribunais eleitorais, que tivesse alvitrado a hipótese.

Também se distanciam do rito ordinário, do processo comum, a representação contra abuso de poder, o recurso contra a expedição de diploma e, no processo civil, os procedimentos sumário e especiais, bem como as causas da alçada dos Juizados Especiais Cíveis, sem que esbarrem na *Lex Legum*.

O silêncio do legislador não poderia ser recebido com um significado que atentasse contra o espírito da Constituição¹⁰, desdizendo o que sistema, por ela estabelecido, revela predominar. Assim não fosse, e ao *habeas data* também teria sido dedicado o procedimento ordinário, antes de editada a lei que o regula (Lei nº 9507, de 12 de novembro de 1997), desfecho do qual sequer se cogitou, dada a sua natureza de *writ* constitucional.

Se a Lei Suprema dera à ação de impugnação de mandato eletivo a missão de restaurar a legitimidade das eleições, não se poderia mandá-la percorrer, tencionando lograr êxito, o caminho mais

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 1991, Livraria Almedina, Coimbra, p. 196.

10 A lição é de Eduardo J. Couture: “Se a lei não pode ser inconstitucional, o silêncio da lei não pode ter um significado contrário à Constituição” (**Interpretação das Leis Processuais**, trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 15, nota 2).

demorado que o processo civil oferece, obliterando a atuação eficaz da Norma Fundamental.

O ordinário é, do Código de Processo Civil, o mais longo dos procedimentos, e por isso incompatível com o tantas vezes invocado princípio da celeridade que acentuadamente norteia o Direito Eleitoral, o qual, longe dele esvazia-se, perdendo, praticamente, a utilidade, causando a inaniidade da proteção que o constituinte pretendeu dar aos pleitos eleitorais.

A observância desse procedimento, pela ação de impugnação de mandato eletivo, contrariando os reclamos da doutrina especializada, foi alvo, além das nossas¹¹, de veementes críticas de consagrados eleitoralistas:

Tito Costa, mesmo liderando a primeira corrente *retrocitada*, admoestava:

A tramitação dessa ação deverá ser disciplinada em lei, mas enquanto não a tivermos a ela aplicar-se-ão as regras comuns do Código de Processo Civil, e também do Código Eleitoral, no que couber [...].

Assinale-se, ainda, que a ação poderá tornar-se inócua, pela demora de sua tramitação, sujeita a regras e prazos, como qualquer outro feito. Bem por isso, a lei que vier a cuidar da matéria, separadamente, ou dentro do Código Eleitoral, deverá estabelecer rito especial, mais célere e mais consentâneo com a natureza da ação e suas conseqüências. Porque, tal pode ser a demora, que o impugnado acabará por cumprir seu mandato, sem que ocorra o desfecho da demanda. Isso poderá tornar letra morta o texto constitucional que, para não ser cumprido, melhor seria não ter sido escrito¹².

11 Emitimos nossa opinião, reproduzida genericamente no texto, no livro **Direitos Políticos**, editado pela Saraiva, em 1994, p. 183 a 187, e, depois, em pequena monografia lançada pela Edipro, em 1996, p. 65 a 68, confirmada a mesma compreensão, na edição subsequente da primeira obra, pela Edipro, p. 297 a 302.

12 **Recursos em Matéria Eleitoral**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 170 e 177.

À luz dessa lição, Lauro Barreto escreveu:

Assim, conforme muito bem advertiu Tito Costa, sujeita às regras e prazos dos procedimentos ordinários, essa ação não tem surtido os efeitos práticos que dela se esperaria, posto que bem demorados têm sido os seus julgamentos em última instância, comprometendo por completo a sua eficácia. Muito melhor teria sido a adoção do rito da Lei Complementar nº 64/90, ou o advento de lei específica, conforme sugeriu Tito Costa¹³.

Djalma Pinto manifestou idêntica opinião:

É certo, por outro lado, que a longa fase de instrução, que o procedimento ordinário comporta, na prática acaba desestimulando a utilização dessa ação, cuja sentença somente se torna exequível, consoante entendimento dominante, após o seu trânsito em julgado quando o réu, muitas vezes, já cumprira o mandato¹⁴.

Torquato Jardim, que já abrilhantou o Tribunal Superior Eleitoral, integrando-o como Ministro, subscreveu o mesmo protesto:

No silêncio legislativo, o rito ordinário, adotado subsidiariamente do Código de Processo Civil, torna o feito tão lento que, quase sempre, quando afinal julgado na última instância, já se esgotou o mandato impugnado¹⁵.

Joel José Cândido, por sua vez, ponderou:

Matéria de Direito Eleitoral, eminentemente, pode e deve a ela ser aplicada, na parte adjetiva, disposições de lei também de Direito Eleitoral.

13 **Escrúpulo & Poder – O Abuso de Poder nas Eleições Brasileiras**, Bauru – SP, Edipro, 1995, p. 58.

14 **Direito Eleitoral – Temas Polêmicos**, São Paulo, Forense, 1994, p. 38.

15 **Anteprojeto de lei de Consolidação da Legislação Eleitoral**, Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral, 43/134.

Assim, desde o advento da Constituição Federal, a propositura desta Ação de Impugnação de Mandato Eletivo podia ter se dado, perfeitamente, na forma do art. 5º e segs. da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, então vigente, com as necessárias complementações decorrentes da Lei Maior e, nas omissões, e somente nelas, aí sim, do Código de Processo Civil. Isso, porém, não ocorreu [...]¹⁶.

Antônio Carlos Mendes¹⁷ e Fávila Ribeiro¹⁸ também advogaram a adoção de rito estabelecido na Lei Complementar nº 64, de 1990, preconizando, este último jurista a aplicação, à ação impugnatória, do rito da Investigação Judicial, o que é perfeitamente sustentável, embora preferível o rito da AIRC, porque prevista para ter plena eficácia também após as eleições, o que não ocorre com a representação do artigo 22 e a respeito da qual há discussão acerca de sua natureza jurídica, além do que a liminar a que se refere o artigo 22, inciso I, alínea *b*, da Lei de Inelegibilidade não nos parece, data vênua, recomendá-lo.

Esta a tese que em conjunto defendemos, e na qual persistimos, como atrás exposto, mas que não preponderou, em obediência à orientação da mais alta Corte Eleitoral.

O Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, aprovando o projeto do Juiz Botelho de Mesquita, chegou a editar ato regimental construindo um procedimento específico para a AIME que, no entanto, não prevaleceu, por infringir o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, que defere à União legislar sobre direito processual e eleitoral.

Noely Manfredini D'Almeida, Fernando José dos Santos e Antônio Júlio Ranciaro dedicaram quase três páginas do seu volumoso e bem elaborado estudo sobre questões eleitorais para mostrar, passo a passo, o avançar de determinada ação de impugnação de mandato eletivo, utilizada em rumoroso caso ocorrido no estado do Paraná, processada pelo rito ordinário do processo civil comum. A petição

16 **Os direitos políticos, a condenação criminal irrecorrível e o papel do Ministério Público Eleitoral na nova Constituição**, Revista Brasileira de Direito Eleitoral, nº12.3.

17 **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo**, “Anais do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral” – RS, publicado pelo TRE/RS, p. 183.

18 **Abuso de Poder no Direito Eleitoral**, Rio de Janeiro, Forense, 1993, pp. 179/180.

inicial foi protocolada em 28 de dezembro de 1990 perante o Tribunal Regional Eleitoral, competente originariamente para a causa, tendo-se dado o seu julgamento, naquele Sodalício em 16 de julho de 1993, o que confirmava a total inconveniência do emprego do moroso rito.

Como o fundamento para o empréstimo do rito ordinário do processo civil comum era a falta de programação de procedimento específico para a ação de impugnação de mandato eletivo, sustentava parte dos doutrinadores, da qual participávamos, que a lei eleitoral açambarcava, integralmente, a fase recursal, e, portanto, ao menos do procedimento em segundo grau de jurisdição não se poderia ocupar o estatuto instrumental civil, ponto de vista do qual comungava a jurisprudência.

Assim, admitido que se imprimisse à ação de impugnação de mandato eletivo o rito ordinário do processo civil comum, este se limitava a determinar os seus passos, da inicial à decisão que pusesse termo ao processo, com ou sem julgamento de mérito, na instância originária (Juiz singular ou Tribunal), e aí se esgotava, não abrangendo, pois, os recursos, tratados no Código de Processo Civil em Título distinto do mesmo Livro (CPC, Livro I, Títulos VIII e X). A opção por aquele procedimento não tinha o condão de alterar o caráter eleitoral da ação, nada abonando a incidência, no processo especial, das normas do citado Código à matéria à qual não se ajustavam, porquanto a legislação, sob vigência da qual se punham as eleições, possuía, sobre o tema, regras próprias.

Ou seja, se não havia previsão específica de lei eleitoral para o andamento do processo na instância originária, o mesmo não acontecia com relação aos recursos, dos quais cuidava o Código Eleitoral.

Esta colocação foi acolhida pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo em diversos pronunciamentos, como, ilustrativamente, no Acórdão unânime nº 118.734, Relator o Juiz Souza José, tendo votado o Juiz Botelho de Mesquita, eminente Professor Titular de Direito Processual Civil das Arcadas, o que fortaleceu, sobremaneira, a tese acatada.

Não se poderia contra ela argumentar que o artigo 274, do Código de Processo Civil, reza que “o procedimento ordinário reger-se-á conforme o disposto nos seus Livros I e II”, porque esse diploma,

no parágrafo único do artigo 272, como antes já posto em relevo, realça que os procedimentos especiais por ele mesmo ditados cumprem as ordenações que lhe são próprias, só contando com as disposições gerais do procedimento ordinário para suprir eventuais omissões.

Daí, *a fortiori*, sendo o procedimento especial receitado por lei extravagante, ainda que restritamente à instância revisora, não haveria porque prescrever o procedimento ordinário para total e completa adoção, senão naquilo que devesse àquele subsidiar, sem se opor às normas próprias indicadas no diploma legal especializado sob cuja égide deveria desenvolver-se.

Nós, os partidários dessa interpretação como segunda opção, dizíamos que quando o Órgão Máximo da Justiça Eleitoral reconheceu que a ação de impugnação de mandato eletivo deveria seguir o procedimento ordinário, referira-se, certamente, à observância do Título VIII, do Livro I, do Código de Processo Civil, não (obrigatoriamente) de todo o Livro I e Livro II, mencionados no artigo 274, anteriormente trazido, aqui, à colação; do mesmo modo aplicável, parcial e complementarmente, na medida do necessário, o disposto na dita *parte geral* do mesmo estatuto, às ações eleitorais com rito particular expressamente previsto, como ocorre, por exemplo, com o artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei de Inelegibilidades, que trata da oitiva de testemunhas na ação de impugnação de registro de candidato, e os artigos 405 e 406, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com as alterações da Lei nº 5.925, de 1º de outubro do mesmo ano, que esclarecem quem pode ser testemunha e sobre o que não se obriga a depor.

Em síntese, defendíamos que a aplicação do procedimento ordinário do CPC, uma vez admitida, não ascendia ao grau correspondente aos recursos, tendo em vista o caráter auxiliar que o qualificava tão-só a suprir as lacunas do procedimento especial àqueles destinados.

Salientávamos, que assim não fosse, ou seja, se à AIME se aplicasse todo o Livro I do Código de Processo Civil, estaria permitida a rescisão que decretasse a insubsistência do mandato eletivo, por força do processo civil comum (artigo 274 combinado com artigo 485, este pertencente ao Capítulo IV, do Título IX, do Livro I), o que não seria razoável supor, eis que a ação rescisória eleitoral somente foi instituída pela Lei Complementar nº 86, de 14 de maio de 1996, antes

dela considerada, pelos doutos, incompatível com o ramo do Direito ora examinado, como fez ver, e.g., a Resolução nº 11.742, de 27 de setembro de 1983, que teve como relator o Ministro Souza Andrade.

Ante a ruptura concretizada, o prazo para a interposição de recursos na ação de impugnação de mandato eletivo deveria ser o de três dias, de acordo com o constante nos artigos 258, 275, 276, 279 e 282, do Código Eleitoral, sendo que o prazo especial referido no primeiro destes dispositivos era o de lei de aplicação principal, não subsidiária, como se fazia claro.

Nesse sentido seguiu a jurisprudência, como ilustra o Acórdão do Tribunal Superior Eleitoral nº 12.578, de 6 de junho de 1995, Relator Ministro Diniz de Andrada.¹⁹ Aliás, mesmo quando a matéria debatida ostentou natureza administrativa, decidiu o Pretório Excelso ser de três dias o prazo para a interposição de agravo de instrumento contra decisão do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral que negou seguimento a recurso extraordinário.²⁰

Tinha, então, a ação de impugnação de mandato eletivo um procedimento fracionado, parte tirada do Código de Processo Civil, para a fase não recursal da ação, e outra parte encontrada no Código Eleitoral, para os recursos. Não era o ideal, mas, nas circunstâncias, era o que, embora distante, o que mais dele se aproximava.

Essa solução situava-se ainda longe da ideal porque, ao mesmo tempo em que não tinha forças para impedir fosse sacrificada a utilidade da ação, criada com o fito de preservar a legitimidade do pleito, contava, para minorar esse indesejável efeito, com um procedimento híbrido, que reservava aos recursos o regramento próprio da legislação especializada, o que, além de não se mostrar suficiente para tanto, confundia muitos operadores do Direito, mormente os advogados pouco acostumados com os embates travados perante a Justiça Eleitoral que, não rara vez, perdiam os prazos para a inter-

19 Boletim Julgados do TSE, 5/36 – Jun/95. Ver, ainda, o Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 127- Pirapozinho/SP, publicado do Diário da Justiça de 9 de agosto de 1996, página 27.124, bem como o Acórdão nº 15.163, de 24 de março de 1998, Relator Ministro Eduardo Ribeiro.

20 AG (Ag Rg) 224.618-MG, Relator Ministro Sydney Sanches, 15.08.2000-Informativo STF nº 198 - 14 a 18 de agosto de 2000.

posição de recursos, na convicção de que estes também deveriam ser achados no Código de Processo Civil, conjuntamente com a descrição do respectivo procedimento.

Era preciso, portanto, insistir que o legislador infraconstitucional não cuidara de atribuir à ação de impugnação de mandato eletivo novo rito porque se contentava com o que tinha à disposição, na própria legislação eleitoral, não se podendo lançar mão da lei processual comum para identificá-lo, porque com esse gesto não se comprazia o combate efetivo e imediato ao abuso do poder econômico, à corrupção e à fraude, encetado bem antes de 5 de outubro de 1998, e assumido pela Constituição Brasileira nessa data promulgada, a fim de assegurar que o poder realmente emane do povo, sendo regularmente exercido por representantes eleitos, em disputa livre de qualquer desdouro.

Era importante lembrar, freqüentemente, que os princípios da ampla defesa e da celeridade conviviam em perfeita harmonia nos procedimentos ditados pelo Direito Processual Eleitoral.

Era fundamental chamar a atenção para o fato de que não havia o que justificasse a intervenção mais demorada do Estado relativamente à ação de impugnação de mandato eletivo, se a Lei Complementar nº 64/90 visava à proteção da *mesma* eleição, contra o mesmo ilícito, muito mais rapidamente.

Esse papel incumbia à doutrina, que paciente e convenientemente o desempenhou, mas sem sucesso por mais de dez anos.

Em março de 2003, convidados pelo ilustre Presidente do TRE de São Paulo, Desembargador José Mário Antônio Cardinale, tivemos o privilégio de falar sobre *abuso de poder* no XXV Encontro do Colégio de Presidentes dos 27 Tribunais Regionais Eleitorais do País, realizado em São Paulo, fazendo parte da mesma Mesa o Ministro Sepúlveda Pertence, membro do Supremo Tribunal Federal e então Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, e o Ministro Fernando Neves, componente, na classe dos juristas, desta última Corte.

Nessa reunião, como de costume, mas com redobrado entusiasmo, ante a presença de tão altas autoridades ligadas à Justiça Eleitoral, repisamos o raciocínio aqui exposto, na expectativa de que não a nossa fala, mas a essencialidade do tema – a necessidade de encontrar

no Direito Eleitoral o regramento concernente ao rito processual da AIME – justificava a sua rediscussão no seio da magistratura.

Animava a perseguição desse intento a circunstância de que os dois Ministros comparecentes ao evento haviam participado ativamente da revisão da ótica que o Tribunal Superior Eleitoral mantivera, durante quatro anos, a respeito da abrangência da ação rescisória, concluindo, finalmente, que antes se equivocara, competindo àquela Corte rescindir apenas seus próprios julgados, (não os acórdãos dos Tribunais Regionais, como houvera entendido), nos casos de inelegibilidade²¹. A Questão de Ordem, que deu origem ao Acórdão unânime nº 106 (Ação Rescisória nº 106 - Sergipe), de 16 de novembro de 2000, foi suscitada pelo Ministro Fernando Neves, tendo votado os Ministros Nélson Jobim, Sepúlveda Pertence, Garcia Vieira, Waldemar Zveiter e Costa Porto, sob a presidência do Ministro Néri da Silveira, presente o Procurador-Geral Eleitoral Dr. Geraldo Brindeiro, aos quais prestamos, aqui, o devido tributo.

Aquele propósito solidificou-se.

Terminados os debates, os insignes Ministros, confirmando o já sobejamente conhecido devotamento ao Direito e o constante compromisso com o aprimoramento das instituições jurídicas, propuseram-se a anotar o assunto para a seu respeito, ulteriormente, dedicar reflexão mais demorada.

3. A absorção, pelo TSE, da proposta doutrinária

Em 19 de fevereiro de 2004 restou, mais uma vez, efetivamente demonstrada a importância da perseverança da doutrina, que como significativa recompensa, em si mesma suficiente, após tanto tempo de resistência teve seus argumentos prestigiados pelo Judiciário, que, sem acanhamento, reviu e modificou seu entendimento anterior, sem objeções, o que realça, em múltiplos aspectos, a grandeza da magistratura, aumentando, em relação a todos, a admiração de que é merecedora.

21 Essa nova visão coincidia com a idéia por nós exposta em pequena monografia editada pela Del Rey, em 1997, logo após a publicação da Lei Complementar nº 86/96, intitulada **Ação Rescisória Eleitoral**, renovada em nosso livro **Direitos Políticos**, reeditado no início de 2000.

Nessa data, na *Questão de Ordem* trazida também pelo Ministro Fernando Neves, por ocasião da expedição de instruções para as eleições municipais de 2004, foi proferido pelo TSE, por votação unânime, o v. Acórdão nº 21.634 – que constitui a Resolução do mesmo número – cuja ementa tem o seguinte teor:

Questão de Ordem. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Art. 14, § 10, da Constituição Federal. Procedimento. Rito ordinário. Código de Processo Civil. Não-observância. Processo Eleitoral. Celeridade. Rito ordinário da Lei Complementar nº 64/90. Registro de candidato. Adoção. Eleições 2004.

1. O rito ordinário que deve ser observado na tramitação da ação de impugnação de mandato eletivo, até a sentença, é o da Lei Complementar nº 64/90, não o do Código de Processo Civil, cujas disposições são aplicáveis apenas subsidiariamente.

2. As peculiaridades do processo eleitoral – em especial o prazo certo do mandato – exigem a adoção dos procedimentos céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa.

O preclaro Relator, com a elegância que sempre o destacou, cita, no corpo do seu bem fundamentado voto, a participação da doutrina que inspirou a proposta que formulou e que foi acolhida, homenagem extensiva a todos os doutrinadores, ainda que não mencionados expressamente.

Sob a presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, votaram com o Ministro Fernando Neves, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Gilmar Mendes, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins e Luiz Carlos Madeira, presente o Vice-Procurador-Geral Eleitoral Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, também mercedores dos mesmos encômios.

Vencida a *Questão de Ordem*, com todos os votos favoráveis à sugestão do Ministro Relator, foi baixada a Resolução nº 21.635, com as instruções que devem reger as eleições de 2004, assim dispendo o seu art. 90:

Art. 90. O mandato eletivo poderá, também, ser impugnado perante a Justiça Eleitoral após a diplomação, no prazo de 15 dias, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude (Constituição Federal, art. 14, §10).

§1º. A ação de impugnação de mandato eletivo, até a conclusão para a sentença, **observará o procedimento previsto na Lei Complementar nº 64/90 para o registro de candidaturas** e tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé, **aplicando-se as disposições do Código de Processo Civil apenas subsidiariamente** (Constituição Federal, art. 14, § 11) (n.g.).

§ 2º. À ação de impugnação de mandato eletivo não se aplica a regra do art. 216 do Código Eleitoral.

4. Breves anotações sobre o *novo* procedimento da AIME

Sobre este dispositivo, breves comentários.

Da leitura do Acórdão se depreende que o Ministro Fernando Neves concebia a opção pela adoção do indigitado rito às ações impugnatórias de mandato em curso, tanto que, segundo suas próprias palavras, defendeu esse posicionamento “por ocasião do julgamento do RMS nº 258, em 30/09/2003”. Mais adiante, novamente revela essa concepção:

[...] o rito ordinário a ser observado na tramitação da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo é o da Lei Complementar nº 64/90, não o do Código de Processo Civil. As peculiaridades do processo eleitoral – em especial o prazo certo do mandato – exigem a adoção do procedimento célere, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa [...].

Na semana passada ao julgar Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 1319, ponderei: Não acato, Senhor Presidente, a afirmação de que a ação de impugnação deve seguir o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. [...]

No caso, peço licença para destacar, trata-se de eleição municipal ocorrida no ano de 2000 e apenas no final de 2003 a causa foi julgada pelo Tribunal Regional, sendo impossível precisar se este Tribunal Superior terá condições de examinar o recurso especial antes do término do mandato.

Isso, a meu ver, não tem sentido e não pode continuar. É nossa obrigação assegurar eficácia à ação constitucional e às decisões do Poder Judiciário, preocupação, aliás, que tem sido ressaltada pelos modernos processualistas [...].

Poderia, de fato, o entendimento consagrado ter sido liberado para aproveitamento nos processos em curso, sem que se pudesse aventar malferimento ao artigo 16, da Constituição (“a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”), porque não se editou lei criando novo rito, mas apenas se reconheceu, em Resolução, ser aplicável à AIME procedimento já existente, contemplado em lei vigente desde 1990.

Entretanto, deixou o Ministro Fernando Neves à deliberação da Corte, a referida questão de ordem propondo fosse fixado o entendimento de que, *a partir das próximas eleições* (aquelas regulamentadas pelo ato em foco), *na ação de impugnação de mandato eletivo, deveria ser seguido até a sentença, o rito ordinário previsto na LC 64/90* .

Como a Resolução, dada sua natureza, teve em mira as eleições de 2004, houve por bem o Tribunal atender à recomendação, divulgando esse entendimento, para não conturbar as ações dessa espécie em andamento, que se encontravam fora do âmbito de incidência da imposição.

O sistema híbrido, pois, ganhou sobrevida, conquanto desde então

agonize, seguido apenas nas ações relativas às eleições anteriores àquelas gerais por último realizadas, eventualmente ainda em tramitação.

No que tange às publicações das decisões, estas não se farão em cartório ou sessão, nem serão os recursos julgados sem inclusão em pauta, (LC 64/90, arts. 8º, 10 e 13), como ressalva o acórdão, porque essa urgência pertine à particularidade do feito que se move dentro do processo eleitoral *stricto sensu*, e a AIME é ajuizada a partir da diplomação, já fora desse período crítico.

Porém, data vênua, se o objetivo é impedir o exercício do mandato eletivo, fruto de corrupção, fraude ou abuso de poder econômico, não se incompatibilizaria com a finalidade da ação a aplicação integral das prescrições concernentes ao andamento da ação de impugnação de registro de candidato (AIRC).

Dentro daquele entendimento, preceitua a Resolução que a AIME observa o procedimento da AIRC até a conclusão para a sentença.

Os recursos continuam a obedecer a mesma disciplina a que se submetiam no *regime anterior* (Código Eleitoral), como é curial.

O § 2º, do artigo 90, da Resolução nº 21.634, contudo, com o devido respeito, não nos parece possa prevalecer, já que é impotente o ato infralegal para obstar a aplicação da lei.

Ademais, se o dispositivo alcança o recurso contra a expedição de diploma deve abranger a AIME, em homenagem igualmente à diplomação e, antes dela, à votação popular, pressupostos do exercício do mandato.

A pretendida inaplicação da regra do artigo 216 do Código Eleitoral²² não afasta o cumprimento do artigo 1º, inciso I, letra *d*, da Lei de Inelegibilidade²³, sendo plausível supor que à *ação* também

22 Código Eleitoral: “Art. 216. Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude”.

23 Lei Complementar nº 64/90: “Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, transitada em julgado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes.”

se refira a norma, não só à *representação* (artigo 22), porque contra o mesmo mal se volta, tendo a palavra *representação*, no artigo 1º, acepção ampla. E tal regra fala em trânsito em julgado da sentença.

Não se reconhecendo a submissão da AIME, à alínea *d*, do primeiro inciso do artigo 1º, da Lei Complementar 64/90, não produzirá, o acolhimento do pedido nela formulado, o efeito de tornar o abusador, fraudador e/ou corruptor/corrupto inelegível por três anos. A inelegibilidade, ainda que só para a eleição em que concorre o malfeitor, consiste em suspensão parcial dos direitos políticos (cidadania passiva), e fortalece o pensamento aqui exposto, o artigo 20, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 que, punindo o ímprobo, declara que a suspensão dos seus direitos políticos (direitos fundamentais) só se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Mas as ponderações levantadas não desmerecem a atuação do Judiciário que, dando existência concreta ao ordenamento que aplica, é, na realidade, o grande responsável pelo progresso do Direito Eleitoral.

Este artigo se destina, muito mais, a registrar - embora com certo atraso, do que se penitencia o subscritor, mas em momento bastante oportuno, à vista do prélio eleitoral que se avizinha - com alguns detalhes, um fato histórico, importantíssimo, resultante da cooperação entre estudiosos que, agindo com o mesmo intento, *construíram* o procedimento compatível com o desiderato da ação de impugnação de mandato eletivo, tarefa com a qual o legislador, embora pudesse, não quis contribuir, mas de cuja participação ainda agora não se prescinde, pois que, sem ela, a disposição festejada ficará sempre na dependência do que vierem a prever as Resoluções de eleições futuras.

INFLUÊNCIA DO PODER ECONÔMICO E FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHAS ELEITORAIS

Pedro Roberto Decomain

Promotor de Justiça - SC

Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI

Professor de Direito Eleitoral na Universidade do Contestado e na

Escola de Preparação e Aperfeiçoamento do MPSC

Sumário: 1 Vedação constitucional da influência do poder econômico nas eleições - 2 O significado da palavra “influência”, no § 9º, do art. 14, da CF/88: o uso e o abuso do poder econômico nas eleições - 3 O financiamento público de campanhas eleitorais, como potencial solução para o problema de afronta ao texto constitucional, antes anunciado - 4 Breve elenco de conclusões - 5 Referências

1. Vedação constitucional da influência do poder econômico nas eleições

No Direito Eleitoral brasileiro, existem causas de inelegibilidade previstas na própria Constituição Federal. Achrom-se consignadas nos §§ 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, do art. 14, da Constituição Federal.

De acordo com o § 2º daquele artigo da CF/88, “não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do

serviço militar obrigatório, os conscritos”. Já o § 4º do mesmo artigo afirma serem inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. Desta sorte, é inelegível o conscrito, assim como o é também o estrangeiro. Em face deste, deve-se salientar ainda que sua candidatura a mandato eletivo restaria inviável também por não atender à condição de elegibilidade representada pela nacionalidade brasileira, nos termos do art. 14, § 3º, inciso I, também da Constituição Federal. Além disso, inelegíveis são também os analfabetos.

O § 5º do art. 14 da Constituição não trata propriamente de inelegibilidade, muito embora nele haja também a previsão de algumas. De acordo com aquele parágrafo, o Presidente da República, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal e os Prefeitos Municipais, e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente. Significa isso a proibição de uma segunda reeleição (para um terceiro mandato sucessivo), o que importa em inelegibilidade dos chefes do Poder Executivo para esse terceiro mandato imediatamente subsequente.

Por meio do § 6º de seu art. 14, a Constituição exige que o Presidente da República, os Governadores de Estados e do Distrito Federal e os Prefeitos Municipais renunciem aos seus cargos pelo menos seis meses antes da data prevista para as eleições, caso desejem concorrer a mandatos eletivos distintos daqueles que ocupam. Significa isso que, caso persistam no exercício da Chefia do Executivo dentro dos seis meses imediatamente anteriores à data da eleição, tornam-se inelegíveis para qualquer outro cargo.

O § 7º do art. 14 da CF/88 considera inelegíveis os cônjuges e parentes, por consangüinidade ou afinidade, inclusive por adoção, até o segundo grau, dos chefes de Poder Executivo, e daqueles que os hajam substituído nos seis meses imediatamente anteriores à data prevista para as eleições, para qualquer mandato eletivo da respectiva circunscrição eleitoral, salvo se o cônjuge ou parente já for detentor de mandato eletivo e for candidato à reeleição.

Finalmente, o § 8º, ainda uma vez do art. 14 da Constituição Federal, afirma serem elegíveis os militares que sejam alistáveis (o que afasta a elegibilidade somente dos conscritos, durante o tempo

em que prestam o serviço militar obrigatório), desde que preencham uma dentre duas condições, conforme o tempo durante o qual já se encontrem em serviço ativo. De acordo com o inciso I, do § 8º, do art. 14 da CF/88, tratando-se de militar com menos de dez anos de serviço ativo, deve deixar definitivamente o serviço (ao menos até a data do pedido de registro de sua candidatura) e, já agora segundo o inciso II do mesmo parágrafo, tratando-se de militar com dez ou mais anos de serviço ativo, deve agregar-se à autoridade superior, até a data do pedido de registro da candidatura, assim permanecendo até a data da eleição (o dispositivo refere-se a militar com mais de dez anos de serviço ativo, mas merece ser interpretado no sentido de referir-se aos que contem dez ou mais, pena de restar carente de qualquer norma para a hipótese a situação do militar que, na data do pedido de registro de sua candidatura, contar exatamente dez anos de serviço ativo, nem mais, nem menos).

A par da previsão dessas causas de inelegibilidade, a Constituição Federal, todavia, também afirma, no § 9º do seu artigo 14, que mediante Lei Complementar podem ser previstas outras causas de inelegibilidade, além daquelas inseridas no próprio texto constitucional.

A Lei Complementar que disponha a respeito de outras causas de inelegibilidade deve prever também o respectivo prazo de cessação, o que exclui a possibilidade da previsão de causas de inelegibilidade vitalícias. Finalmente, sempre de acordo com o § 9º do art. 14 da CF/88, as causas de inelegibilidade previstas em Lei Complementar devem ser hábeis a proteger 1) a probidade administrativa; ou 2) a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato; ou 3) a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Desta sorte, causa de inelegibilidade infraconstitucional (porque prevista em Lei Complementar e não no próprio texto constitucional) que não se preste efetivamente a proteger algum desses valores, padecerá de inconstitucionalidade substancial.

O que releva salientar neste ponto, porque de interesse para o tema discutido, é a inclusão, pelo texto do parágrafo em apreço, da normalidade e legitimidade das eleições em face da **influência** do

poder econômico, como valor a ser protegido pela previsão de novas causas de inelegibilidade mediante Lei Complementar.

2. O significado da palavra “influência”, no § 9º, do art. 14, da CF/88: o uso e o abuso do poder econômico nas eleições

Este tópico constitucional, no atinente à vedação da influência do poder econômico como possível fator de desequilíbrio no resultado das eleições, merece interpretação a mais ampla possível, eis que dele não se haverá de extrair unicamente fundamento para a previsão de eventuais novas causas de inelegibilidade, mas também uma outra consequência: a Constituição Federal não tolera a possibilidade da influência do poder econômico nos resultados dos pleitos eleitorais. Por outras palavras, considera estes resultados conspurcados em sua legitimidade, quando possam haver decorrido dessa influência.

Como se deve entender, todavia, a expressão **influência** do poder econômico?

É bem verdade que a Lei Complementar nº 64, de 1990, que hoje veicula as demais causas de inelegibilidade conhecidas no Direito Eleitoral brasileiro, além daquelas previstas pela própria Constituição, em seu art. 1º, inciso I, alínea “d”, afirma a inelegibilidade dos que “tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, transitada em julgado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes”.

Seria, porém, a **influência** do poder econômico, a que se refere o texto constitucional, o mesmo que **abuso** do poder econômico, na dicção do texto da Lei Complementar?

Veja-se o comentário de Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao aludido § 9º, do art. 14, da Constituição Federal:

Influência do poder econômico. O uso da riqueza para objetivos político-eleitorais é condenado pelo texto em estudo. Note-se que, no dispositivo em

vigor, ao contrário do estabelecido no direito anterior, não é só o abuso do poder econômico que deve ser reprimido. Também o seu uso, ou seja, a sua influência há de ser coibida. Por isso, a lei deverá tornar inelegíveis todos aqueles que possam prevalecer-se da riqueza para influir nos pleitos eleitorais, e não apenas excluir os que dela abusaram.¹

Efetivamente, a Constituição de 1967, até a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, em seu art. 148, inciso III, fazia referência a que Lei Complementar pudesse prever outras causas de inelegibilidade, além das já então consignadas no próprio texto constitucional, desde que por meio dessa previsão se pudesse assegurar, dentre outros valores, a “normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas”.²

Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969³, persistiu a possibilidade de que Lei Complementar previsse outras causas de inelegibilidade, além daquelas versadas no próprio texto constitucional, para preservação, porém, da normalidade e legitimidade das eleições não mais apenas em face do abuso do poder econômico, mas já agora da sua influência. A redação do dispositivo era a seguinte:

Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar:

[...]

III – a normalidade e legitimidade das eleições contra influência

1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 1. Arts. 1ª a 43. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 13. Os itálicos e negritos constam do original.

2 CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (compilação dos textos, notas, revisão e índices). **Todas as Constituições do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1976, p. 125.

3 A propósito da EC nº 1, de 1969, vale lembrar a observação de Paulino Jacques, para quem, por haver ela introduzido mais de duzentas alterações na Constituição de 1967, que continha apenas 189 artigos, a edição da aludida emenda constitucional “importou, pragmaticamente, na outorga de nova Carta Política, denominada “Constituição da República Federativa do Brasil” (JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 156).

ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico.⁴

Aquele dispositivo da EC 1/69 mereceu de Manoel Gonçalves Ferreira Filho o mesmo comentário por ele feito ao § 9º, do art. 14, da atual Constituição.⁵

Não existe a menor razão para que se discorde desse pensamento. Todavia, acredita-se que o dispositivo comentado possa sofrer interpretação ainda mais ampla.

A situação já não será unicamente de afastar-se do pleito, pela previsão de sua inelegibilidade, aquele que possa prevalecer-se de sua riqueza e do poder que esta lhe possa trazer, empregando a primeira e exercendo o segundo de modo abusivo para influir nos pleitos eleitorais. Certamente que tal providência é salutar, tanto que levou à previsão dos prazos de desincompatibilização previstos pelo art. 1º, II, alíneas “e”, “f” e “h”, da LC 64/90⁶.

4 CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (compilação dos textos, notas, revisão e índices). **Todas as Constituições do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1976, p. 54.

5 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais ns. 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9). 3ª vol. Arts. 130 a 210. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 63.

6 LC 64/90: “Art. 1º. São inelegíveis: [...] II – para Presidente e Vice-Presidente da República: [...] e) os que, até 6 (seis) meses antes da eleição tenham exercido cargo ou função de direção, administração ou representação nas empresas de que tratam os arts. 3º e 5º da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, quando, pelo âmbito e natureza de suas atividades, possam tais empresas influir na economia nacional; f) os que, detendo o controle de empresas ou grupos de empresas que atuem no Brasil, nas condições monopolísticas previstas no parágrafo único do art. 5º da Lei citada na alínea anterior, não apresentarem à Justiça Eleitoral, até 6 (seis) meses antes do pleito, a prova de que fizeram [sic] cessar o abuso apurado, do poder econômico, ou de que transferiram, por força regular, o controle de referidas empresas ou grupos de empresas; [...] h) os que, até 6 (seis) meses depois de afastados das funções, tenham exercido cargo de Presidente, Diretor ou Superintendente de sociedades com objetivos exclusivos de operações financeiras e façam publicamente apelo à poupança e ao crédito, inclusive através de cooperativas e da empresa ou estabelecimentos que gozem, sob qualquer forma, de vantagens asseguradas pelo Poder Público, salvo se decorrentes de contratos que obedeçam a cláusulas uniformes;”. As referências à Lei nº 4.137/62 devem ser hoje substituídas pela referência a dispositivos equivalentes, constantes da Lei nº 8.884/94.

Na medida em que o § 9º, do art. 14, da Constituição Federal, permitiu que Lei Complementar erigisse à categoria de causas de inelegibilidade fatos que pudessem conspurcar a normalidade e legitimidade das eleições em face da influência do poder econômico, deve tal parágrafo ser interpretado de maneira abrangente.

O que nele se contém sem dúvida alguma é mensagem que, para além de proscrever o **abuso** do poder econômico, chega a proscrever o seu **uso**, como mecanismo capaz de influir na vontade do eleitorado, produzindo com isso distorções e, principalmente, acarretando desigualdades insuperáveis entre os que são e os que não são detentores de poder econômico.

Para que tal conclusão remanesça mais clara, basta que se faça a distinção entre influência – expressão utilizada pelo § 9º do art. 14 da Constituição em face do poder econômico, e abuso.

Influência significa interferência, ou ao menos possibilidade de interferência de um determinado fenômeno em outro. Há influência de um fenômeno sobre outro, quando o primeiro interfere, em maior ou menor extensão, na produção do segundo. A palavra influência, aqui, como se verifica, tem conotação que se aproxima da expressão “nexo de causalidade”. Influir é interferir, podendo produzir um determinado fenômeno ou podendo modificá-lo.

Nesta perspectiva, a influência do poder econômico nas eleições estará instalada sempre que, ao menos potencialmente, pelo uso desse poder se possa modificar o resultado das eleições.

Já a palavra abuso tem conotação bastante distinta.

Com precisão, Pedro Henrique Távora Niess resumiu isso: “Nada há de errado com o poder, desde que não interfira na liberdade, respeitando o Direito. Abusar do poder é ir além do permitido.”⁷

Já tivemos ocasião de dizer o mesmo, empregando porém mais palavras:

O abuso do poder econômico, cuja ocorrência justifica a inelegibilidade, é o emprego de recursos

7 NIESS, Pedro Henrique Távora. **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo**. Bauru, SP: Edipro, 1996, p. 24.

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 9.504/97, com o objetivo de propiciar a eleição de determinado candidato.⁸

Na mesma senda caminha Joel José Cândido:

O “uso” do poder é lícito e em nenhum momento é vedado pela legislação. Basta, tão só, que ele seja exercido com observância da lei e por quem possa exercê-lo, ou seja, o eleitor, as pessoas jurídicas, os partidos, coligações e os candidatos. O ilegal é o “abuso” de poder que se caracteriza pelo excesso ou demasia com que esse poder (seja econômico, político ou de autoridade) é exercido, buscando benefícios eleitorais, deturpando o processo eleitoral e influenciando em seus resultados naturais.⁹

Nas palavras de Orlando Vaz:

O abuso do poder econômico pode ser entendido, e deve ser comprovado, como o excesso de gastos no processo eleitoral, através do qual o candidato pode conquistar o mandato eletivo. É evidente que os gastos declarados pelo partido político, controlados e legalmente admitidos pela Justiça Eleitoral, não constituem abuso. Este se caracteriza pelo mau uso, ou uso errado, excessivo ou injusto, como na própria definição etimológica do termo. Para que fique caracterizado o abuso, o candidato fará prevalecer a gastança exorbitante e descomedida, incidente pela utilização do poder econômico excessivo.¹⁰

8 DECOMAIN, Pedro Roberto. **Elegibilidade e Inelegibilidades**. 2. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2004, p. 163.

9 CÂNDIDO, Joel José. **Inelegibilidades no Direito Brasileiro**. Bauru, SP: Edipro, 1999, p. 337.

10 VAZ, Orlando. Impugnação de Mandado Eletivo. In VELLOSO, Carlos Mário da Silva;

Também Antônio Carlos Mendes assim se expressa:

A noção de “abuso” traduz comportamento contrário ao direito ou ao que excede os limites e finalidades consagradas pela ordem jurídica. Nesse sentido, fala-se em “abuso de direito” quando alguém exercita um direito, mas em aberta contradição, seja com o fim (econômico) a que esse direito se encontra adstrito, seja com o condicionamento ético-jurídico (boa-fé, bons costumes, etc.).

Com efeito, a doutrina utiliza-se da expressão “abuso do poder” para significar o uso abusivo ou o uso do poder para além da medida legal, excesso ou desvio de poder, uso arbitrário ou ilícito do poder.¹¹

A observação é perfeita: o abuso é o uso para além do permitido.

Como conclusão, pode-se afirmar que o abuso do poder econômico consiste no seu uso, é dizer, no emprego desse poder, para além do permitido.

Outra conclusão evidente salta então aos olhos: se o abuso do poder econômico nas eleições significa o seu uso para além do permitido, então tem-se que se acha permitido o uso do poder econômico nas eleições, desde que mantido, esse uso, dentro da moldura legal traçada.

Essa possibilidade do uso do poder econômico nas eleições advém particularmente do financiamento privado das campanhas eleitorais.

Como é bem sabido, as fontes básicas de financiamento das campanhas eleitorais são os recursos dos próprios partidos, especialmente aqueles advindos do fundo partidário, previsto pelo art. 38 da Lei nº 9.096/95, Lei dos Partidos Políticos e, em muito maior monta, recursos provenientes de doações de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas e recursos próprios do candidato.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996, p. 349.

11 MENDES, Antônio Carlos. Aspectos da Ação de Impugnação de Mandado Eletivo. In VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996, p. 338-339.

Estas três fontes privadas de custeio das campanhas eleitorais são disciplinadas pela Lei nº 9.504/97, conhecida como Lei das Eleições.

Em seu art. 23, a Lei em referência disciplina as doações de pessoas físicas para campanhas eleitorais, afirmando, no § 1º desse artigo, não poderem elas exceder, por doador, quantia equivalente a 10% de seus rendimentos brutos auferidos no ano anterior ao da eleição (§ 1º, inciso I). No mesmo § 1º do art. 23, a lei também autoriza os candidatos a utilizarem recursos próprios no custeio de suas campanhas eleitorais, afirmando ainda que o gasto que fizerem com tais recursos, não pode exceder o limite máximo de gastos com a candidatura, estipulado pelo próprio partido, nos termos do art. 18 da Lei.

Por fim, em seu art. 81, a Lei autoriza as doações de campanha efetuadas por pessoas jurídicas, estabelecendo para elas um limite, por doador, equivalente a 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

Permitido, pois, o uso de recursos privados no financiamento das campanhas eleitorais. Aliás, é bem sabido serem tais recursos a fonte primordial do custeio das campanhas.

Outro ponto a ferir é o da inexistência de quaisquer limites legalmente traçados, para despesas (e conseqüentemente para receitas) com campanhas eleitorais.

Inexiste, entre nós, norma jurídica que defina limite máximo de gastos para as candidaturas aos mandatos eletivos. O máximo que temos é a regra do já antes anunciado art. 18 da Lei das Eleições, segundo a qual “juntamente com o pedido de registro de seus candidatos, os partidos e coligações comunicarão à Justiça Eleitoral os valores máximos de gastos que farão por candidatura em cada eleição em que concorrerem”, prevendo o § 2º do mesmo artigo que “gastar recursos além dos valores declarados nos termos deste artigo sujeita o responsável ao pagamento de multa no valor de 5 (cinco) a 10 (dez) vezes a quantia em excesso”.

Considerado este cenário privado de financiamento das campanhas eleitorais, associado à inexistência de quaisquer limites máximos legalmente fixados para despesas de campanha, cabendo a estipulação desse limite, a cada eleição e para cada candidatura, exclusivamente aos próprios partidos, o que se tem na verdade é a

instalação de um quadro em que a influência do poder econômico pode acabar sendo decisiva para o sucesso de uma candidatura.

O que a Constituição pretendeu, ao dizer que a normalidade e legitimidade das eleições não deveriam remanescer maculadas pela **influência** do poder econômico, entendida a palavra no sentido já anteriormente apresentado, está longe de ser alcançado, levando em consideração o sistema legal de financiamento de campanhas eleitorais hoje em vigor.

Não havendo limite legalmente traçado para despesas com as candidaturas, abrem-se as portas para a influência da maior abundância de recursos financeiros com a qual determinado partido ou determinado candidato possa contar.

Isso, por evidente, importa também em afronta ao princípio constitucional da isonomia, no que tange às candidaturas a um mesmo mandado eletivo. Candidato que dispuser de mais recursos econômicos disponíveis e deles fizer uso eficiente, poderá, em princípio, ter melhores oportunidades de sensibilizar os eleitores, do que candidato cujo aporte de recursos seja menor.

Em suma, o financiamento privado de campanhas eleitorais, como hoje disciplinado entre nós, a um tempo permite que se instile – e de modo aberto, sem que se possa falar sequer em abuso – a influência do poder econômico nas eleições, e que, justamente em virtude disso, se quebre o princípio da igualdade de todos os candidatos em face do pleito.

Maiores chances, potencialmente, para os que consigam mobilizar maiores recursos financeiros.

O sistema legal disciplinador das eleições brasileiras coíbe o abuso do poder econômico, mas não lhe interdita o uso. Abuso é uso para além do permitido e para o uso não há limite legalmente fixado. Acautelando-se então os partidos na fixação de limites máximos de gastos suficientemente elevados para que não sejam surpreendidos em alcançar o limite fixado cedo demais, os valores que estipulem não encontram qualquer limitação.

Instalado fica o cenário para a potencial influência do poder econômico nas eleições.

Nas palavras de José Cretella Júnior, acerca do § 9º, do art. 14, da Constituição Federal de 1988:

A primeira finalidade da lei complementar que estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação é a de proteger a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico. Forças econômicas poderosas poderão atentar contra a normalidade e legitimidade de eleições concluídas, impugnando-lhes a validade, em defesa de interesses de empresas.¹²

Ou, nas palavras de Fávila Ribeiro:

A luta contra o abuso é, portanto, menos restrita do que se possa supor, tendo de cobrir todos os flancos, escudando-se nos mananciais da ordem, seja para impedir as manifestações opressivas do poder com dano para a liberdade, seja também a não permitir que esta degenera com exorbitâncias possessivas, articulando situações discriminatórias que levam ao aniquilamento das reservas essenciais da igualdade, solapando as bases da justiça na convivência social e da equidade na participação política.¹³

Mais que vigilância e providências legais eficazes em face do abuso do poder, na realidade vigilância e providências eficazes em face do seu próprio uso, o qual, como visto, é caminho fácil a conduzir à quebra do princípio da igualdade, pela maior facilidade de sucesso eleitoral que pode propiciar àqueles cujas campanhas eleitorais sejam melhor bafejadas pela fortuna.

12 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Vol. II. Arts. 5º (LXVIII a LXXVIII) a 17. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 1108-1109.

13 RIBEIRO, Fávila. **Abuso de Poder no Direito Eleitoral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 21-22.

3. O financiamento público de campanhas eleitorais, como potencial solução para o problema de afronta ao texto constitucional, antes anunciado

O financiamento público das campanhas eleitorais, a despeito das dificuldades de disciplinamento e de operacionalização que possa acarretar, serve como solução ao problema constitucional que se acaba de ferir.

O financiamento privado de campanhas eleitorais permite que a maior abundância de recursos econômicos possa influir no resultado das eleições, o que decididamente o § 9º do art. 14 da Constituição Federal não deseja. Máxime quando tal financiamento privado acontece em ambiente no qual sequer existe previsão legal de limite máximo de gastos de campanha, cabendo exclusivamente aos próprios partidos, a cada eleição e em vista das diversas candidaturas, a indicação dos seus próprios limites máximos de gastos.

Além da violação ao pretendido pelo § 9º do art. 14 da CF/88, segundo já se viu, este sistema de financiamento de campanhas eleitorais malfez o princípio constitucional da isonomia, permitindo, em tese, melhores oportunidades de obtenção de votos àqueles que tenham ao seu dispor maior volume de recursos de campanha, em detrimento daqueles que se possam servir apenas de cifras mais modestas.

Não teria qualquer cabimento cogitar da simples supressão das campanhas eleitorais. Tal seria virtualmente negar ao candidato o direito de comunicar-se com o eleitor e negar a este último o mínimo de condições para informar-se acerca do pensamento de quantos concorrem ao pleito, de sorte a munir-se de critérios que lhe permitam optar, no momento do voto.

As campanhas eleitorais são inerentes à democracia representativa. Sem elas, veda-se a possibilidade do intercâmbio entre candidatos, partidos e eleitores, embora este intercâmbio esteja cada vez mais convertido em via de mão única, por força do peso específico da propaganda via rádio e televisão, que permite aos candidatos dizerem o que pensam, embora não propiciem caminhos para que também o eleitor se faça por eles ouvir. De qualquer sorte, esta deficiência

na comunicação, que transforma o potencial diálogo em monólogo, ainda assim jamais poderia ser havida como justificativa capaz de fazer supor dispensável a campanha eleitoral.

Necessária que se mostra a campanha, evidente também que, para empreendê-la, há necessidade de que recursos financeiros a tanto imprescindíveis estejam disponíveis. Se a campanha é premissa da democracia representativa, pois significa a oportunidade para que partidos e candidatos entrem em contato com o eleitorado e lhe exponham seu pensamento, de sorte a sensibilizá-lo para conferir-lhes seu voto, também é inegável que a realização dessa comunicação não prescinde de recursos econômicos.

Inviável cogitar, portanto, da supressão das campanhas. O que se afigura necessário é encontrar mecanismos para o custeio, que a um tempo respeitem a pretensão constitucional a afastar a influência (e não simplesmente o abuso) do poder econômico do âmbito das campanhas e, com isso, propiciar equalização dos candidatos, nessa perspectiva de comunicação com o eleitorado.

Se o financiamento privado de campanhas eleitorais, associado à inexistência de qualquer limite estipulado previamente em lei para os gastos de campanha, não tende a esse objetivo, a alternativa disponível consiste no financiamento público das campanhas.

Certo que se poderia objetar no sentido da suficiência do estabelecimento de limites legais, ainda que elevados, para os gastos de campanha eleitoral, mantido o seu custeio com recursos de origem particular.

Isso, porém, não resolveria nem o problema da potencial influência do poder econômico no resultado das eleições, nem o problema da quebra da isonomia entre os candidatos, na perspectiva das disponibilidades de recursos. Não resolveria o primeiro problema porque, previsto limite suficiente (e provavelmente elevado) para os gastos de campanhas eleitorais, ainda assim a origem privada dos recursos empregados no pagamento destes gastos permitira a influência do poder econômico. Nem resolveria o problema de igualdade entre os candidatos, considerando justamente que haverá aqueles com maior capacidade de mobilização de recursos financeiros

(mesmo existindo um limite máximo legalmente previsto), o que sempre persistirá mantendo a possibilidade de colocá-los em situação de vantagem em face daqueles que somente conseguem alavancar recursos de menor monta.

Vai daí ser o financiamento público das campanhas eleitorais, em limites suficientes a fazer face a gastos com campanha eleitoral com qualidade e amplitude para alcançar todo o corpo eleitoral e também para servir como fonte de informação e, pois, de convencimento, a solução para a temática exposta.

4. Breve elenco de conclusões

Ao cabo dessas ponderações mostra-se possível alinhar algumas conclusões:

1. o § 9º, do art. 14, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, autoriza a previsão, por lei complementar, de outras causas de inelegibilidade, além daquelas inscritas no próprio texto constitucional, desde que sejam aptas à preservação, dentre outros valores, da legitimidade e normalidade das eleições contra a influência do poder econômico;

2. por influência do poder econômico se haverá de entender a potencialidade da definição do resultado das eleições em face da maior ou menor capacidade do candidato ou do partido, de obter recursos financeiros a serem empregados no custeio das despesas com a sua campanha eleitoral;

3. influência do poder econômico não se confunde, pois, com abuso do poder econômico, na medida em que este significa uso desse poder para além do permitido; o texto constitucional, todavia, procura afastar não somente o abuso, como também toda possibilidade da própria influência do poder econômico no resultado das eleições;

4. o modelo de financiamento privado de campanhas eleitorais hoje vigente no Brasil, com recursos oriundos essencialmente de doações de pessoas físicas e de pessoas jurídicas, e recursos próprios do candidato, aliado à inexistência de limite legal para gastos de

campanha, permite que se instile a influência do poder econômico nas campanhas eleitorais, contrariando a pretensão do texto constitucional a que tal influência não ocorra;

5. essa possibilidade de influência do poder econômico, via financiamento privado de campanhas eleitorais, sem limites de gastos previamente fixados por lei, permite quebra da igualdade entre os candidatos ao pleito, com violação ao princípio constitucional da isonomia, nesta particular perspectiva;

6. campanhas eleitorais devem acontecer, eis que inerentes ao mecanismo da democracia representativa, por serem o instrumento para que partidos e candidatos apresentem aos eleitores seu pensamento e suas propostas de trabalho, fornecendo-lhe parâmetros para decisão no momento do voto; por isso mesmo, inviável cogitar pura e simplesmente da supressão das campanhas eleitorais;

7. campanhas eleitorais envolvem gastos de recursos financeiros, de tal sorte que se mostra indispensável prever a respectiva fonte;

8. a simples fixação por lei de limites máximos de gastos de campanhas eleitorais nem se mostra eficaz a afastar a potencialidade da influência do poder econômico nas eleições, nem permite o estabelecimento da igualdade entre os candidatos, eis que sempre persistirá a desigualdade nas possibilidades de obtenção de recursos de campanha;

9. em decorrência, o financiamento público de campanhas eleitorais, com recursos em quantia suficiente a uma campanha eleitoral potencialmente eficaz, é o mecanismo que se mostra apto a, de um lado, afastar a influência do poder econômico sobre a normalidade e legitimidade das eleições e, de outro, equalizar os candidatos, na perspectiva dos recursos disponíveis para suas campanhas.

Certamente que muitos aspectos existem, envolvidos no assunto. Não é propósito deste estudo modesto, porém, e nem seria compatível com as capacidades de seu autor, exaurir a discussão de todos esses aspectos. O que aqui se pretendeu foi apenas fornecer aquela que parece ser a justificativa constitucional para a implantação do financiamento público de campanhas eleitorais no Brasil.

5. Referências

- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo (compilação dos textos, notas, revisão e índices). **Todas as Constituições do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1976.
- CÂNDIDO, Joel José. **Inelegibilidades no Direito Brasileiro**. Bauru, SP: Edipro, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Vol. II. Arts. 5º (LXVIII a LXXVIII) a 17. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Elegibilidade e Inelegibilidades**. 2. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 1. Arts. 1º a 43. São Paulo: Saraiva, 1990.
- JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- MENDES, Antônio Carlos. Aspectos da Ação de Impugnação de Mandado Eletivo. *In* VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996, p. 331-342.
- NISS, Pedro Henrique Távora. **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo**. Bauru, SP: Edipro, 1996.
- RIBEIRO, Fávila. **Abuso de Poder no Direito Eleitoral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- VAZ, Orlando. **Impugnação de Mandado Eletivo**. *In* VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1996, p. 343-367.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO IDOSO

Roberta Terezinha Uvo
Oficial de Diligência do MPSC

Sumário: 1 Introdução - 2 A proteção jurídica do idoso no ordenamento jurídico brasileiro - 3 A atuação do Ministério Público - 3.1 Medida de proteção - 3.2 Ação Civil Pública - 3.3 Transação de alimentos - 3.4 Fiscalização das entidades - 4 Conclusão - 5 Referências

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo destacar a atuação do Ministério Público na proteção dos direitos do idoso¹. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de idosos poderá chegar a 32 milhões em 2025, gerando, assim, uma importante mudança no perfil da população, fato este que reforça a necessidade de ampliar os seus direitos e as formas para melhor protegê-los.

Com o transcorrer do tempo, o ser humano passa a apresentar limitações físicas não dispendo mais do mesmo ânimo e mesma disposição para enfrentar o cotidiano, necessitando assim de cuidados especiais. Essa circunstância especial de vida torna o idoso uma pessoa frágil que necessita de uma atenção especial da família, da

1 Considera-se idoso para efeitos da Lei nº 10.741/03, pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

sociedade e do Estado para assegurar os seus direitos.

O tema mostra-se relevante no contexto jurídico atual tendo vista o advento do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), que prevê novos direitos e instrumentos de proteção. Será abordada a proteção jurídica do idoso no ordenamento brasileiro, a atuação do Ministério Público, assim como os instrumentos utilizados para a proteção do idoso, como medida de proteção, ação civil pública e a transação de alimentos.

2 A proteção jurídica do idoso no ordenamento brasileiro

A Política Nacional do Idoso, instituída pela Lei nº 8842/94 e regulamentada pelo Decreto nº 1948/96, tem como objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, nos termos de seu artigo 1º.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em seu artigo 230, dispõe sobre a proteção da pessoa idosa, impondo à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito a vida.

Destaca Elida Séguin² que “Incluir a proteção do idoso na CRF representou uma evolução, lançou luz sobre o tema e forçou o legislador infraconstitucional a manifestar-se.”

No presente momento, o Estatuto do Idoso, criado pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003³, estabelece prioridade absoluta às normas protetivas ao idoso, elecando novos direitos e estabelecendo mecanismos específicos de proteção.

Os principais direitos do idoso encontram-se no artigo 3º do Estatuto, o qual preceitua que:

2 SEGUIN, Elida. Proteção Legal ao Idoso. *In*: SEGUIN, Elida (Org.). **O Direito do Idoso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 9.

3 Esta lei entrou em vigor noventa dias após a data de sua publicação, exceto o artigo 36, o qual trata sobre a caracterização de dependência econômica, que passou a vigorar no dia primeiro de janeiro deste ano

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitário.

Nesse norte, explica Paulo Alves Franco⁴ que

A Lei fala em obrigação e não em faculdade que têm a família e as entidades públicas em assegurar esses direitos ao idoso. Se a família não tiver condições para socorrê-lo o poder público o substituirá dentro da sua possibilidade.

A razão da repetição da CRFB/88, da Política Nacional do Idoso, da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.742/93), da Política Estadual do Idoso (Lei nº 11.436/00) e das Leis Orgânicas Municipais é dar ênfase aos artigos que visam a assegurar os direitos dos idosos.

Finalmente, os cento e dezoito artigos do Estatuto foram criados para por em prática as garantias dos direitos assegurados pela CRFB/88 e pelas políticas públicas de atenção ao idoso.

3 A atuação do Ministério Público

As funções conferidas ao Ministério Público para a defesa dos direitos e das garantias constitucionais do idoso, por meio de medidas administrativas e judiciais, estão elencadas no artigo 129 da CRFB/88, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) assim como na Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina (Lei Complementar Estadual nº 197/2000).

Consta no Plano Geral de Atuação do Ministério Público de Santa Catarina de 2004-2005 (Ato nº 074/MP/SC), como uma das atuações prioritárias na área da Cidadania, a proteção dos direitos do idoso⁵.

4 FRANCO, Paulo Alves. **Estatuto do Idoso Anotado**. São Paulo: LED, 2004. 169 p.

5 O item 7.3 que trata da tutela do idoso, assim dispõe: “Dar continuidade às ações já

Diz Hugo Nigro Mazzilli⁶ que

Da mesma forma que um dia ocorreu com a defesa do meio ambiente, do consumidor, da pessoa portadora de deficiência, da criança e do adolescente, chega agora a vez do Ministério Público voltar sua atenção para a tutela jurídica das pessoas idosas.

Encontram-se expressas no Estatuto do Idoso as atribuições conferidas ao órgão do Ministério Público, como a legitimidade para requerer e determinar medidas de proteção, a fiscalização das entidades governamentais e não governamentais de atendimento ao idoso, entre outras elencadas no artigo 74 do mesmo estatuto, conforme dispõe:

Art. 74. Compete ao Ministério Público:

I - instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;

II - promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e officiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco;

III - atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei;

IV - promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta Lei, quando necessário ou o interesse público justificar;

desencadeadas, visando a zelar pela correta aplicação das normas relativas ao idoso, evitando a ocorrência de abusos e lesões a seus direitos e contribuindo com o seu bem-estar, especialmente por meio de vistorias em entidades asilares e de ações articuladas com outros organismos e instituições.”.

6 MAZZILLI, Hugo Nigro. A Pessoa Idosa e o Ministério Público. Disponível em: < <http://www.femperj.org.br/artigos/prev/prev02.htm> >. Acesso em: 12 julho 2004.

V - instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo:

a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas;

VI - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso;

VII - zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

VIII - inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;

IX - requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços de saúde, educacionais e de assistência social, públicos, para o desempenho de suas atribuições;

X - referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta Lei.

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede

a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuser a lei.

§ 2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade e atribuições do Ministério Público.

§ 3º O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a toda entidade de atendimento ao idoso.

Já nos processos, procedimentos em que não for parte o Ministério Público atuará obrigatoriamente na defesa dos direitos e interesses da lei, ao contrário, deverá ser decretada a nulidade do feito.

Ainda, havendo desistência ou abandono de ação civil pública por associação legitimada, o Ministério Público deverá assumir a titularidade ativa.

3.1 Medida de proteção

A teor do artigo 45 do Estatuto do Idoso, o representante do Ministério Público, ao verificar ameaças ou violações ao direito do idoso, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: encaminhamento à família ou ao curador, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporário; expedição de requisições para tratamento de saúde; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação; abrigamento em entidade ou abrigamento temporário.

Logo, esse instrumento de proteção facilita o acesso à justiça à medida que os direitos podem ser garantidos de forma pronta e ágil sem a necessidade e os entraves burocráticos do processo judicial.

3.2 Ação Civil Pública

A Lei nº 7.347/85 trata sobre a Ação Civil Pública, a qual

também é encontrada no artigo 129 da CRFB/88. Essa ação visa a proteger, dentre outros, os interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos.

Após a criação da Lei de Ação Civil Pública, houve a valorização do Ministério Público quanto à atuação nos interesses difusos e coletivos. Nesse contexto, escreve Hélio Abreu Filho e Franciny B. Abreu de Figueiredo e Silva⁷ que:

A Ação Civil Pública consagrou uma instituição, o Ministério Público, valorizando seu papel de autor em prol dos interesses difusos e coletivos. O Ministério Público saiu do exclusivismo das funções de autor no campo criminal e da tarefa de fiscal da lei no terreno cível, para nesta esfera passar a exercer mister de magnitude social.

O Ministério Público deverá estar presente, como autor ou interveniente, em qualquer ação civil pública, quando o assunto versar sobre interesses difusos ou coletivos dos idosos, a teor dos artigos 127, *caput*, e 129, II e III, da CRFB/88, no inciso III do artigo 82 do Código de Processo Civil e no artigo 1º, IV, da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).

De acordo com o Estatuto do Idoso, possui legitimidade ativa para propor a Ação Civil Pública, quando o assunto versar sobre a defesa do interesse do idoso, dentre outros, o Ministério Público.

3.3 Transação de alimentos

Os alimentos serão prestados ao idoso, na forma dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil e do artigo 1.120, V, do Código de Processo Civil.

O Promotor de Justiça poderá celebrar as transações relativas a alimentos, ocasião em que elaborará um termo de compromisso

7 ABREU FILHO, Hélio; SILVA, Franciny B. Abreu de Figueiredo e. Mecanismos de Exigibilidade. In: ABREU FILHO, Hélio (Org.). **Estatuto do Idoso Comentários**. Florianópolis: [s.n.], 2004. p. 19-37.

que será assinado por ele e pelas partes, que passará a ter efeito de título executivo extrajudicial.

Não tendo condições econômicas o idoso ou os seus familiares de promoverem o sustento daquele, será imposto ao Poder Público esse ônus, no âmbito da assistência social, a teor do que dispõe o artigo 14 do Estatuto do Idoso.

3.4 Fiscalização das entidades

O Estatuto do Idoso criou um capítulo específico quanto à Fiscalização das Entidades de Atendimento, determinando que as entidades governamentais e não governamentais de atendimento às pessoas idosas serão fiscalizadas pelos Conselhos do Idoso, Ministério Público, Vigilância Sanitária e dentre outros.

Quando a entidade causar infração, colocando em risco os direitos assegurados pelo Estatuto, será o fato comunicado ao Ministério Público para tomar as providências cabíveis, e esse órgão poderá promover, sem a necessidade de processo judicial, a suspensão das atividades ou dissolução da entidade, com a proibição de atendimento aos idosos, a bem do interesse público.

Contudo, antes da publicação do Estatuto do Idoso, já vinha atuando o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por meio do Programa de Vistoria a Entidades Asilares⁸.

Com o intuito de facilitar o cumprimento desta atribuição legal, a Coordenadoria de Defesa dos Direitos Humanos, da Cidadania e das Fundações criou um cadastro de entidades asilares situadas no Estado de Santa Catarina, bem como, elaborou este programa de vistoria a ditos estabelecimentos, objetivando que o Ministério Público, agindo articuladamente com outros organismos e instituições, tais como Corpo de Bombeiros, Vigilância Sanitária, Secretarias de Estado e Municipais, Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, Conselhos Estadual e Municipais do Idoso e os Con-

8 Sonia Maria Demeda (Coord.). **Programa de Vistoria a Entidades Asilares**. Florianópolis: MP-SC, 2003.

selhos Estadual e Municipais de Assistência Social, possa contribuir com o bem estar dos idosos do nosso Estado.

Pelo exposto, verifica-se que a fiscalização dos estabelecimentos que abrigam os idosos em regime asilar é uma das mais importantes atribuições do Ministério Público, haja vista a condição especial de vida dos idosos, os quais, além das mais variadas privações próprias da idade, ainda se encontram, geralmente, desamparados por seus familiares e impedidos de exercer plenamente os direitos referentes à cidadania.

4 Conclusão

A proteção jurídica dos direitos do idoso no Brasil inicialmente encontra-se consagrada na CRFB/88, na Política Nacional do Idoso (Lei nº 8842/94), na Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.742/93), na Política Estadual do Idoso (Lei nº 11.436/00), nas Leis Orgânicas Municipais e, atualmente, no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), que estabelece prioridade absoluta aos direitos do idoso, dispondo de instrumentos de proteção a esses direitos.

A função do Ministério Público, na proteção dos direitos do idoso é imposta, primeiramente, pela CFRB, devendo para tanto o Ministério Público de cada cidade atuar com prioridade em defesa dos direitos do idoso, assim como está fazendo o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Dentre outras atribuições expressas no Estatuto do Idoso, foram destacadas: determinação de medida de proteção, legitimação para a ação civil pública, a fiscalização das entidades e a celebração da transação de alimentos.

A Medida de Proteção é um instrumento que permite ao Ministério Público dar agilidade aos casos que, muitas vezes, não podem esperar até a apreciação judicial.

O Ministério Público possui legitimidade conferida pela CRFB/88 para propor Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) bem como praticar todos os atos necessários à garantia dos interesses difusos ou coletivos dos idosos.

A transação de alimentos poderá ser referendada pelo Promotor de Justiça, a qual terá efeito de título executivo extrajudicial.

A fiscalização dos estabelecimentos que abrigam os idosos em regime asilar é uma das mais importantes atribuições do Ministério Público, já que deve ser observada a condição especial de vida do idoso como pessoa frágil.

Contudo, pode-se ainda destacar que a maioria dos idosos ainda não descobriu que são os atores principais para a efetivação de seus direitos e para que isso aconteça é fundamental a conscientização da sua importância tanto por parte dos operadores jurídicos como também dos próprios idosos, os quais precisam conhecer seus direitos para exercê-los e reivindicá-los.

5 Referências

ABREU FILHO, Hélio; SILVA, Franciny B. Abreu de Figueiredo e. Mecanismos de Exigibilidade. *In*: ABREU FILHO, Hélio (Org.). **Estatuto do Idoso Comentários**. Florianópolis: [s.n.], 2004. p. 19-37.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: 1988 – texto constitucional de nº 1, de 1992, a 30, de 00, e pela Emendas Constitucionais de Revisão de n. 1 a 6, de 1994 – Brasília, DF: Senado, 2000.

BRASIL. Lei nº 8.842 de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/legisla/fed_leidec/lei_federal/1994/lf8842_94.htm>. Acesso em: 26 abril 2004.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/legisla/fed_leidec/lei_federal/2003/lf10741.htm>. Acesso em: 26 abril 2004.

FRANCO, Paulo Alves. **Estatuto do Idoso Anotado**. São Paulo: LED, 2004. 169 p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Pessoa Idosa e o Ministério Público. Disponível em: <<http://www.femperj.org.br/artigos/prev/prev02.htm>>. Acesso em: 12 julho 2004.

PIARDI, Sonia Maria Demeda (Coord.). **Programa de Vistoria a Entidades Asilares**. Florianópolis: MP-SC, 2003. 83 p.

SEGUIN, Elida. Proteção Legal ao Idoso. *In*: SEGUIN, Elida (Org.). **O Direito do Idoso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 1-42.

NOVO CRITÉRIO PARA RATEIO DA TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO NOS CONDOMÍNIOS - UMA TENTATIVA DE CORRIGIR DISTORÇÕES E DESPERDÍCIOS

Miguel Gnigler
Promotor de Justiça - SC

A Lei nº 9.433/97 - Institui Política Nacional de Recursos Hídricos - reconhece que a água é um recurso natural limitado, bem de domínio público dotado de valor econômico. Estudos publicados revelam que 4/5 do globo terrestre são cobertos de água, mas de todo o manancial existente na face da terra 97,6% é de água salgada e apenas 2,4% de água doce. Dessa pequena porção, 79% está sob a forma de geleiras, nas calotas polares; 20,96% correm silenciosos nos subterrâneos do planeta e apenas 0,04% da água doce do Globo está sob forma de rios e lagos (Revista Saúde, janeiro/97, p. 26).

Note-se que a poluição generalizada dos mananciais, provocada por falta de esgotamento sanitário, pelo manejo irregular de agrotóxicos e por dejetos suínos, torna escasso esse recurso essencial à vida, principalmente nas médias e grandes cidades. Afirma-se que atualmente milhões de pessoas já sofrem como desabrigados de água. No Brasil, a cultura da abundância ainda não despertou no consumidor a necessidade de racionalizar o consumo de água.

Neste contexto, todas as iniciativas voltadas ao uso racional dos recursos hídricos devem ser incentivadas pelo Poder Público e obser-

vadas pelos consumidores de água. Nesta esteira, é de se lamentar que o legislador tenha perdido a oportunidade de modificar a lei dos condomínios residenciais (Lei nº 4.591/64), ao tempo em que corrigiu outras distorções que estavam em descompasso com a realidade, regulando a matéria no corpo do novo Código Civil (arts. 1.331 a 1.358).

É que, a míngua de exigências dos Municípios e de iniciativas das incorporadoras imobiliárias, em praticamente todos os condomínios de apartamentos é tecnicamente impossível instalar-se um medidor de consumo de água por unidade autônoma. Conseqüentemente, o consumo de toda a água é medida num único relógio, dividindo-se a despesa de acordo com a fração ideal de cada unidade autônoma em relação ao todo.

Com efeito, a tecnologia na área de construção civil hoje disponível permite que os prédios novos sejam dotados de medidores individuais de consumo de água, a exemplo do que ocorre com a energia domiciliar e com o gás de cozinha. Todavia, a falta de exigência dos Municípios na hora de aprovar os projetos das incorporadoras e a alegação de custos adicionais na execução obra são fatores que impedem o avanço tecnológico neste setor. Enfim, os prédios continuam sendo construídos sem o medidor individual do consumo de água.

Por aí se vê que alternativas devem ser pensadas para corrigir o atual critério injusto de rateio das despesas de água e esgoto e, notadamente, para desestimular o desperdício de água e a conseqüente diminuição do volume de esgoto sanitário.

Neste ponto, é importante destacar que as convenções dos condomínios residenciais, muito embora se lhes reconhece autonomia para estabelecer critério de rateio das despesas coletivas, por comodidade acabam reproduzindo a legislação pertinente, que se orienta pela diretriz da fração ideal de cada unidade em relação ao todo.

Até o advento do novo Código Civil, a matéria era regulada no art. 12 e seu parágrafo 1º da Lei nº 4.591/64, cuja transcrição segue abaixo:

Art. 12. [...]

§ 1º Salvo disposição em contrário na convenção, a fixação da cota no rateio corresponderá à fração ideal de terreno de cada unidade. (grifei).

O novo Código Civil, na sua versão original, estabeleceu como regra o dever do condomínio de contribuir para as despesas na proporção de suas frações ideais (art. 1336, Inciso I). O legislador, no entanto, logo percebeu a necessidade de se conferir ao condomínio a possibilidade de adotar outros critérios que não exclusivamente o da fração ideal para o rateio das despesas, daí a modificação da redação do inciso I, do art. 1336 pela Lei nº 10.931/2004, segundo a qual é dever do condômino contribuir para as despesas de condomínio na proporção de suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção. (grifei).

Ocorre que as despesas relativas ao consumo de água não representa despesa tipicamente do condomínio, não podendo ser calculado de acordo a dimensão de cada imóvel. Na verdade, o único critério capaz de definir com exatidão o consumo mensal de água por condômino seria através de um relógio individual. Na ausência desse medidor, sem falar na impossibilidade técnica de se corrigir essa falha nos prédios mais antigos, atenderia melhor o princípio da equidade se a quota-parte de cada imóvel fosse calculada tomando-se como parâmetro o número de habitantes por unidade autônoma.

Oportuno lembrar que os municípios desprovidos de sistemas de tratamento de esgotos adotam o número de habitantes como parâmetro para definição das dimensões da fossa séptica e/ou dos filtros de decantação. À guisa de exemplo, cite-se que em Santa Catarina apenas 11,02% da população urbana era servida de saneamento básico, segundo Boletim Estatístico da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Ano 2003.

Tome-se como exemplo um apartamento de 150,00 m² de área privativa, ocupado por um casal apenas. É bem provável que esse imóvel consumirá a metade da água utilizada por uma família de 4 (quatro) pessoas morando num apartamento de 75,00 m². O mesmo raciocínio vale para a cobrança da tarifa de esgoto que, segundo normas técnicas da ABNT, corresponde a aproximadamente 80% da água consumida.

No exemplo acima, caso o imóvel com dobro de área privativa se mantiver desabitado por um longo período, sem consumir uma gota de água e sem gerar esgoto, ainda assim terá de pagar, a título de tarifa de água e esgoto, o dobro do que será cobrado do imóvel

menor ocupado por 4 (quatro) pessoas. O mesmo acontecerá em condições normais de ocupação de ambos os imóveis.

Observe-se que esse critério do número de moradores por unidade autônoma é de fácil controle pelo(a) síndico(a). Caso seja levantada eventual dificuldade nesse controle, poder-se-ia ratear a despesa pelo número de condôminos (quantidade de apartamentos). Embora esse último critério não seja o ideal, o certo é que ele será mais justo do que aquele que adota a fração ideal de cada proprietário.

Segue-se daí que a mudança do critério de rateio das despesas de água e esgoto, além de corrigir uma distorção que está fora dos parâmetros da razoabilidade, contribuirá sobremaneira para educar o usuário a reduzir o consumo de água nos condomínios residenciais. Com o critério sugerido, o desperdício será suportado pelo morador que vier a provocá-lo. Na impossibilidade dessa aferição individual, o rateio igualitário também evitará que alguns paguem pelo consumo exagerado de outros. Todos pagarão igualmente, fator inibidor do desperdício de água.

Diante deste panorama, enquanto não se opere a modificação legislativa no plano federal, a solução está em se modificar as convenções dos condomínios, estabelecendo-se que, ante a inexistência e/ou impossibilidade de instalação de um medidor individual do consumo de água por unidade autônoma, o cálculo da tarifa mensal dar-se-á de acordo com o número de pessoas que nela residem, ou por meio de divisão igualitária entre todos os condôminos. Das Companhias Estaduais de Água e Esgoto espera-se iniciativas voltadas à redução do consumo de água potável e, por extensão, a diminuição do volume do esgoto sanitário. Os municípios e as incorporadoras, por sua vez, deverão fazer a sua parte; aqueles editando normas edilícias com a finalidade acima sugerida; estas, dotando os novos prédios com medidores individuais.

A QUEBRA DO SIGILO DAS FONTES JORNALÍSTICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Hidemberg Alves da Frota

Advogado

Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Sumário: 1 Introdução - 2 A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - 3 A jurisprudência de matriz norte-americana - 4 A jurisprudência brasileira - 5 Conclusão - 6 Referências.

1 Introdução

Desdobramento e sustentáculo do *direito à informação jornalística* (art. 5º, incs. IV e IX, c/c art. 220, § 1º, da CF/88), o *sigilo das fontes jornalísticas* corresponde ao sigilo profissional dos jornalistas, garantido pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental (contido no inc. XIV, do art. 5º)¹, cujo campo de incidência abarca – explica o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de Portugal – “não apenas as pessoas, como autores de declarações, opiniões e juízos, transmitidos ao jornalista, mas também os documentos e ar-

1 Dispõe o art. 5º, inc. XIV, da CF/88:

Art. 5º [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

quivos jornalísticos, em suporte escrito, de som e de imagem”².

Impende saber se a sociedade democrática permite limitações ao sigilo das fontes jornalísticas e, em caso afirmativo, quais seriam os temperamentos aceitáveis.

2 A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Removida a proteção ao sigilo jornalístico, “as fontes podem ser impedidas de assistir a imprensa em informar ao público sobre matérias de interesse público”³, salienta o acórdão paradigmático na União Europeia sobre tal controvérsia, proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em *Goodwin v. United Kingdom*, de 27 de março de 1996.

O TEDH se reporta ao fenômeno comumente referido pela jurisprudência do Direito Comparado como *chilling effect*, o efeito esfriante — dissuasório — sobre o ânimo de fontes anônimas colaborarem com a imprensa.

Conforme ensinara a Corte de Estrasburgo no indicado aresto, a excepcional mitigação do sigilo das fontes jornalísticas só se justifica se disser respeito, no caso concreto, a interesse superior ao de preservá-lo, ponderação que requer do magistrado “o mais cuidadoso escrutínio”⁴, a averiguar a relevância e suficiência dos motivos aduzidos pelas autoridades.

Ancorado no art. 10.2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950⁵, o TEDH asseverou que convém ao julgador indagar

2 PORTUGAL. Procuradoria-Geral da República (Conselho Consultivo). Parecer nº 38/1995. Relator: Dr. Lourenço Martins. Lisboa, 22 de fevereiro de 1996. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 14 set. 2005.

3 UNIÃO EUROPEIA. *European Court of Human Rights. Goodwin v. the United Kingdom* (Application nº 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <hudoc.echr.coe.int>. Acesso em: 15 set. 2005, tradução nossa.

4 *Ibid.*, *loc. cit.*, tradução nossa.

5 Estatuí o art. 10 da CEDH:
Artigo 10 - Liberdade de expressão

se a quebra do sigilo das fontes jornalísticas consiste em intervenção estatal (1) “prescrita por lei”⁶; (2) “voltada à finalidade legítima”⁷; e (3) “necessária em uma sociedade democrática”⁸.

Importa existir autorização legal que especifique e tornem previsíveis as hipóteses de descerramento do sigilo jornalístico, assim como razoável nexos de proporcionalidade entre a finalidade legítima de quebra do sigilo das fontes jornalísticas e os meios usados para tanto.

A abertura do sigilo jornalístico pelo Poder Judiciário deve traduzir, no contexto considerado, medida imprescindível ao desempenho da função judicante.

Exemplos de interesses públicos de maior magnitude — lembra o mesmo art. 10.2 da CEDH — seriam os relacionados ao resguardo da segurança nacional, da integridade territorial ou da segurança pública; à defesa da ordem e à prevenção do crime; bem como à proteção da saúde ou da moral e da honra ou dos direitos de outrem.

Contudo, infere-se do sobredito *decisum* que a invocação de interesse público de maior densidade que o do sigilo jornalístico deve ocorrer em circunstâncias extraordinárias, quando se denota ausente

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou idéias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras.

O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950). Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 17 ago. 2004.

6 UNIÃO EUROPÉIA. *European Court of Human Rights. Goodwin v. the United Kingdom* (Application nº 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <hudoc.echr.coe.int>. Acesso em: 15 set. 2005, tradução nossa.

7 *Ibid.*, *loc. cit.*, tradução nossa.

8 *Ibid.*, *loc. cit.*, tradução nossa.

medida estatal alternativa tão adequada quanto e, ao mesmo tempo, menos ofensiva ao sigilo das fontes jornalísticas, nítido baluarte para o exercício da liberdade de expressão.

Por outro lado, o TEDH ressalva que o sigilo jornalístico abrange tão-somente questões de interesse público, que não deve servir de véu a encobrir a autoria do vazamento para a mídia de informações desprovidas de interesse público, vindas de fontes que atuam com má-fé ou de forma incoseqüente.

Ressalte-se que a sociedade democrática, em regra, comete ao sigilo das fontes jornalísticas *status* de direito fundamental de maior estatura no caso concreto, poupando-o ao máximo em prol da sobrevivência da própria democracia.

A Corte de Estrasburgo enfatiza que calha ao balanceamento entre interesses dissonantes priorizar “o interesse da sociedade democrática de assegurar uma imprensa livre”⁹.

Em consonância com *Goodwin v. United Kingdom*, o Prof. Luis M. García, da Universidade de Buenos Aires, preconiza que as restrições do Estado ao sigilo das fontes jornalísticas consubstanciem atos legais necessários ao atendimento de finalidade legítima, utilizados na medida do indispensável, cabendo ao Poder Público demonstrar, no caso concreto, as razões pelas quais aquele sigilo deve ser sacrificado¹⁰.

Na visão do jurista portenho, são casos ilustrativos de perigo ao sigilo das fontes jornalísticas a busca e apreensão em escritório de jornalista e a inquirição judicial deste como testemunha, empregadas como meios de elucidar a ocorrência de determinado ilícito noticiado em matéria jornalística de sua autoria.

Tais providências estatais não perderiam seu caráter intrusivo mesmo que não redundem em dano algum¹¹.

Nesse sentido se situou o TEDH em *Roemen and Schmit v.*

9 Ibid., *loc. cit.*, tradução nossa.

10 GARCÍA, Luis M. *La protección de la identidad de las fuentes periodísticas a la luz e los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares de sus órganos de aplicación*. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, v. 10, nº 1, jan.-dec. 2004, p. 673.

11 Ibid., p. 674.

Luxembourg, de 25 de maio de 2003¹², julgamento em que reputou mais danosa à atividade jornalística a busca e apreensão domiciliar objetivando apurar a identidade da fonte jornalística do que a ordem judicial a obrigar o jornalista a identificá-la: enquanto nesta circunstância o jornalista apenas revela quem é a fonte, naquela o Estado, ao adentrar no escritório daquele, tem acesso a todos os seus documentos.

3 A jurisprudência de matriz norte-americana

Outro docente argentino, Mario Masciotra, da *Universidad el Salvador*, registra o posicionamento do Tribunal Federal de San Martín na Causa 19448 (“Incidente de Thomas Catán nos autos nº 14829/2002”¹³), quando, em sede de processo penal, condicionou a identificação de fontes jornalísticas à indispensabilidade de se aclarar a veracidade da “hipótese delitiva investigada”¹⁴, se impossível a substituição de tal medida por expediente menos detrimetoso à liberdade de imprensa.

Consoante pontificara aquela Corte Federal argentina, prescindese da quebra do sigilo das fontes jornalísticas se o juízo criminal que determinou o descobrimento das fontes jornalísticas também determinara, de forma simultânea e autônoma, diligências com idêntico escopo, porém menos deletérias à liberdade de expressão.

Segundo Maciotra, a jurisprudência argentina se pauta pelo aresto proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 29 de junho de 1972, no caso *Branzburg v. Hayes*, da relatoria do *Justice Byron White*.

Leading case da jurisprudência estadunidense, esse acórdão sublinhou o dever dos jornalistas testemunharem perante o *Grand Jury* em relação a atividades criminais presenciadas durante coleta

12 UNIÃO EUROPÉIA. *European Court of Human Rights. Roemen and Schmit v. Luxembourg* (Application nº 51772/99). Strasbourg, 25 May 2003. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int>>. Acesso em: 15 set. 2005, tradução nossa.

13 MASCOTRA, Mario. *Las fuentes y bases de datos periodísticos y la acción de hábeas data*. Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano, v. 8, 2005. Disponível em: <<http://www.conhist.org>>. Acesso em: 14 set. 2005, tradução nossa.

14 *Ibid.*, *loc. cit.*, tradução nossa.

de informações, em detrimento do sigilo das fontes jornalísticas insito na liberdade de imprensa albergada pela Constituição estadunidense de 1787 (art. 1^o¹⁵ da Carta de Direitos¹⁶, mais conhecido como *Primeira Emenda*).

Na ocasião o *Justice White* não se deixou persuadir pelo argumento de que a quebra do sigilo jornalístico — efetuada em face de instrução probatória penal do Tribunal do Júri — faria com que as fontes jornalísticas se afastassem da imprensa. Aventou quatro razões básicas¹⁷:

(1) são divergentes e, muitas vezes, corporativistas as pesquisas de opinião pública realizadas pelos jornalistas a respeito dos possíveis efeitos intimidatórios a serem deflagrados na sociedade em decorrência da quebra do sigilo das fontes jornalísticas;

(2) o ânimo dos indivíduos interessados em desocultar práticas criminosas prevalecerá sobre o receio de perder o anonimato;

(3) parcela considerável das fontes jornalísticas colabora com a mídia para aumentar a exposição pública do grupo político ou cultural — minoritário — a que se filia; e

(4) o possível anseio do corpo social de ver preservadas futuras fontes jornalísticas de notícias de fatos criminosos não prepondera sobre o interesse coletivo de que o Estado-juiz combata a criminalidade divulgada pela mídia.

Mais próximo do moderado entendimento do Tribunal Europeu

15 Estabelece o art. 1^o da Carta de Direitos da Constituição estadunidense de 1787:

Artigo I

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Carta de Direitos. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br>>. Acesso em: 04 jun. 2005.

16 A Carta de Direitos (Bill of Rights) enfeixa as dez primeiras emendas à Constituição dos EUA.

17 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U. S. Supreme Court. Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665. Washington D.C., June 29, 1972. Delivered the opinion of the Court: Mr. Justice White. Disponível em: <<http://www.bc.edu>>. Acesso em: 14 jul. 2005.

dos Direitos Humanos, o voto dissidente do *Justice Potter Stewart* submeteu a flexibilização do sigilo das fontes jornalísticas a controle de constitucionalidade alicerçado em três critérios: “1) relevância da informação; 2) inexistência de fontes alternativas e 3) interesse premente do governo em obter a informação”¹⁸.

Porém, quatro décadas depois, a jurisprudência predominante dos Estados Unidos permanece fiel ao precedente de *Branzburg v. Hayes*.

A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão¹⁹ — órgão da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos — ressalta a decisão tomada em 7 de outubro de 2004 pela Corte Distrital dos Estados Unidos para o Distrito de Colúmbia²⁰, capitaneada pelo Juiz-Chefe Thomas F. Hogan, de decretar a prisão dos jornalistas Judith Miller, do *The New York Times*, e Matthew Cooper, da revista *Time*, por se negarem a declinar suas fontes e ceder documentos concernentes à publicização da identidade de agente secreta da CIA. Estribada no precedente de *Branzburg v. Hayes*, a Corte de Apelações dos Estados Unidos para o Circuito do Distrito de Colúmbia²¹ confirmou, em 15 de fevereiro de 2005, o acórdão de primeiro grau²².

À semelhança da jurisprudência dos EUA, a Suprema Corte do Canadá, em *Maysa v. Alberta*, de 8 de junho de 1989²³, foi de encontro ao do tino que seria esposado quase sete anos depois pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso *Goodwin v. Reino Unido*.

Manifestando-se em nome da Suprema Corte canadense, o *Justice John Sopinka* asseverou que cabe ao jornalista comprovar

18 MASCOTRA, Mario. *Op. cit., loc. cit.*, tradução nossa.

19 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Relatoria para la Libertad de Expresión 2004. Washington, D.C.: CIDH, 2005, p. 43.

20 Tribunal Regional Federal de 1º grau para o Distrito de Colúmbia.

21 Tribunal Regional Federal de 2º grau para o Distrito de Colúmbia.

22 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*. Appeal nº 04-3138. *In re: Grand Jury Subpoena, Judith Miller*. Opinion for the Court filed by Circuit Judge Sentelle. Washington, D.C., February 15, 2005. Disponível em: <<http://pacer.cadc.uscourts.gov>>. Acesso em: 14 set. 2005.

23 CANADÁ. *Supreme Court. Moysa v. Alberta* (Labour relations board), [1989] 1 S.C.R. 1572, 1989 CanLII 55 (S.C.C.). *Delivered the judgment of the Court: Justice Sopinka*. Ottawa, June 8 1989. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 15 set. 2005.

que a menção a fontes jornalísticas em depoimento a órgão público (*in casu*, o Conselho de Relações Trabalhistas) configura óbice ao exercício de sua profissão.

Nos casos *Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard* e *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*²⁴, ambos de 14 de novembro de 1991, a maioria da Suprema Corte canadense considerou inofensiva ao sigilo das fontes jornalísticas a busca e apreensão de fitas cassetes com reportagens já exibidas.

4 A jurisprudência brasileira

A jurisprudência pátria se mostra sobremaneira escassa no tocante à discussão em torno da quebra do sigilo das fontes jornalísticas.

No RHC 427, de 7 de dezembro de 1999, o Tribunal Regional Federal da Terceira Região vislumbrou constrangimento ilegal no “ato de autoridade que determina o indiciamento de jornalista em inquérito policial”²⁵, em função deste ter se negado a anuir com o desnovelamento de suas fontes.

Embora ausentes acórdãos do Supremo Tribunal Federal a enfrentar essa polêmica, existe erudita decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, em sede do Inq. 870, alinhavada em 8 de março de 1996 (dezenove dias antes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos se pronunciar acerca do caso *Goodwin v. United States*).

No citado *decisum*, o Ministro Celso de Mello excluiu peremptoriamente qualquer exceção à inviolabilidade do sigilo das fontes jornalísticas.

24 CANADÁ. *Supreme Court. Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, 1991 CanLII 49 (S.C.C.); *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, 1991 CanLII 50 (S.C.C.) Ottawa, November 14 1991. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 15 set. 2005.

25 BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região (Segunda Turma). Petição de Recurso Ordinário em Habeas Corpus 427 (Processo 199961810022020). Relator: Desembargador Federal Aricê Amaral. São Paulo, 7 de dezembro de 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 22 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 14 set. 2005.

Essencial ao Estado Democrático de Direito, requisito para o exercício tanto da liberdade de informação pelos jornalistas quanto do direito à informação jornalística pela sociedade, a incolumidade do sigilo das fontes jornalísticas seria resultado de mandamento constitucional — o referido art. 5º, inc. XIV, da CF/88 —, corroborado por explícito dispositivo legal, o art. 71 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967):

Art. 71. Nenhum jornalista ou radialista, ou, em geral, as pessoas referidas no artigo 25, poderão ser compelidos ou coagidos a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações, não podendo seu silêncio, a respeito, sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, nem qualquer espécie de penalidade.

Ao fim, o Ministro Celso de Mello foi taxativo:

[...] a proteção constitucional que confere ao jornalista o direito de não proceder à disclosure da fonte de informação ou de não revelar a pessoa de seu informante desautoriza qualquer medida tendente a pressionar ou a constranger o profissional da Imprensa a indicar a origem das informações a que teve acesso, eis que - não custa insistir - os jornalistas, em tema de sigilo da fonte, não se expõem ao poder de indagação do Estado ou de seus agentes e não podem sofrer, por isso mesmo, em função do exercício dessa legítima prerrogativa constitucional, a imposição de qualquer sanção penal, civil ou administrativa.²⁶

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Inquérito 870/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 8 de março de 1996. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 15 abr. 1996, p. 11.461. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 set. 2005.

5 Conclusão

Reconhece o Supremo Tribunal Federal brasileiro que nenhum direito é absoluto²⁷.

Em consequência, cumpre ter presente a eventualidade de se pleitear, perante o Poder Judiciário, a quebra do sigilo das fontes jornalísticas, risco que tende a aumentar à medida que o crime organizado se espraia pelo esgarçado tecido social e o Estado cada vez mais é instado pela opinião pública a executar medidas enérgicas contra crescente violência e criminalidade.

Deve o magistrado perscrutar de modo criterioso se existe, dentre as medidas disponíveis ao Poder Público e adequadas à respectiva finalidade legal, providência estatal igualmente apropriada e, ao mesmo tempo, menos ofensiva ao direito à informação jornalística.

Na ausência de ato estatal menos danoso, resta ao julgador questionar à sociedade se os benefícios sociais oriundos da quebra do sigilo jornalístico compensam os seus malefícios ao regime democrático, sempre buscando evitar que se faça da quebra do sigilo jornalístico panacéia contra as críticas populares à ineficiência governamental.

27 Alerta o Ministro Celso de Mello: “Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança 23.452-1-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2004.

6 Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança 23.452-1-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 12 mai. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2004.

_____. (decisão monocrática). Inquérito 870/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 8 de março de 1996. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 15 abr. 1996, p. 11.461. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 14 set. 2005.

_____. Tribunal Regional Federal da Terceira Região (Segunda Turma). Petição de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 427 (Processo 199961810022020). Relator: Desembargador Federal Aricê Amaral. São Paulo, 7 de dezembro de 1999. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 22 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.justicafederal.gov.br>>. Acesso em: 14 set. 2005.

CANADÁ. *Supreme Court. Canadian Broadcasting Corp. v. Lessard*, [1991] 3 S.C.R. 421, 1991 CanLII 49 (S.C.C.); *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, 1991 CanLII 50 (S.C.C.) Ottawa, November 14 1991. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 15 set. 2005.

_____. *Moyisa v. Alberta (Labour relations board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, 1989 CanLII 55 (S.C.C.). Delivered the judgment of the Court: Justice Sopinka. Ottawa, June 8 1989. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 15 set. 2005.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ***Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2004***. Washington, D.C.: CIDH, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Carta de Direitos**. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br>>. Acesso em: 04 jun. 2005.

_____. *U. S. Supreme Court. Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665. Washington D.C., June 29, 1972. Delivered the opinion of the Court: Mr. Justice White. Disponível em: <<http://www.bc.edu>>. Acesso em: 14 jul. 2005.

_____. *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Appeal nº 04-3138. In re: Grand Jury Subpoena, Judith Miller*. Opinion for the Court filed by Circuit Judge Sentelle. Washington, D.C., February 15, 2005. Disponível em: <<http://pacer.cadc.uscourts.gov>>. Acesso em: 14 set. 2005.

GARCÍA, Luis M. ***La protección de la identidad de las fuentes periodísticas a la luz e los instrumentos internacionales de derechos humanos y de los estándares de sus órganos de aplicación***. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, v. 10, nº 1, p. 635-677, jan.-dec. 2004.

MASCIOTRA, Mario. *Las fuentes y bases de datos periodísticos y la acción de hábeas data*. Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano, v. 8, 2005. Disponível em: <<http://www.conhist.org>>. Acesso em: 14 set. 2005.

PORTUGAL. Procuradoria-Geral da República (Conselho Consultivo). Parecer nº 38/1995. Relator: Dr. Lourenço Martins. Lisboa, 22 de fevereiro de 1996. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 14 set. 2005.

UNIÃO EUROPÉIA. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950). Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 17 ago. 2004.

_____. European Court of Human Rights. *Goodwin v. the United Kingdom* (Application nº 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <hudoc.echr.coe.int>. Acesso em: 15 set. 2005, tradução nossa.

_____. *Goodwin v. the United Kingdom* (Application nº 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <hudoc.echr.coe.int>. Acesso em: 15 set. 2005.

_____. *Roemen and Schmit v. Luxembourg* (Application nº 51772/99). Strasbourg, 25 May 2003. Disponível em: <hudoc.echr.coe.int>. Acesso em: 15 set. 2005.

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO: UMA INTRODUÇÃO

Enéas Athanázio
Promotor de Justiça aposentado- SC
Escritor

1 Dos primórdios aos nossos dias

Uma incursão na História revela o homem primitivo envolvido em constantes guerras, frutos do medo e da desconfiança. Temeroso dos fenômenos naturais, que não sabia explicar, e dos grandes animais que perambulavam em bandos ou isolados, seu medo se estendia aos demais seres humanos, encarados com suspeita e hostilidade. Eles representavam o perigo de invasão de seus campos de caça e pontos de pesca, da tomada de suas cabanas toscas e de seus instrumentos rudimentares e até mesmo de ataques mortais. Não poderiam existir, nesse contexto, quaisquer normas ou regras relacionadas ao trato com outros grupos ou tribos que pudessem sugerir o embrião de um Direito Internacional.

Mesmo quando mais adiantados, em fase posterior, já vivendo num Estado rudimentar, tais normas ainda não existiam. Embora vigorassem numerosas regras de conduta interna, de caráter leigo ou religioso, as relações com outros povos, grupos ou tribos permaneciam sem regulamentação e parecendo alheias às suas preocupações. As guerras, defensivas ou de conquista, prosseguiram, impondo a ne-

cessidade de alguma organização militar. Apontam os historiadores, por isso mesmo, o militarismo como uma das possíveis causas do surgimento do Estado. Durante vasto período de sua história, portanto, foi o homem um ser belicoso e as ações beligerantes integravam sua rotina de vida. Essa atividade guerreira, que se aprofunda nos séculos pretéritos, parece incrustada de forma atávica, até hoje, no ser humano, que continua belicista, apesar dos repetidos protestos de amor à paz. Essa permanente atividade guerreira acontecia também entre os índios brasileiros, como mostrou Darcy Ribeiro, com abundância de detalhes, entre muitos outros. Ainda que tivessem alguns alcançado elevado nível de organização interna, entregavam-se a constantes guerras de verdadeiro extermínio¹.

O crescimento da população e a necessidade de intercâmbio comercial acabam impondo a convivência de povos diferentes e uma certa tolerância entre eles. Começam, em consequência, a surgir princípios elementares para regular o comportamento do grupo em relação aos estrangeiros, minimizando os perigos e estabelecendo formas de entendimento. A diferença nos estágios de evolução desses povos dificultava a fixação de tais normas, mas, através de caminhos árduos e tortuosos, elas foram aos poucos se sedimentando. Como ressaltam os historiadores, baseados em pesquisas e documentos, essas relações entre povos estranhos remontam aos dias longínquos da antiguidade, não sendo tão recentes como às vezes se imagina.

Segundo escreveu Walter Vieira do Nascimento,

é evidente o equívoco de se considerar o Direito Internacional apenas a partir de uma fase mais recente da história. De fato, no que tange às relações entre povos, desde os mais antigos do Oriente, não faltam registros que se referem a épocas milenares.²

Em abono de sua afirmação, lembra um tratado celebrado entre duas cidades-estados da Mesopotâmia, em 3100 aC. Recorda que existia no Egito uma espécie de órgão administrativo encarregado

1 RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro – A Formação e o Sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995;

2 Walter Vieira do Nascimento. **Lições de História do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., 1991, pág. 151;

das relações com Estados estrangeiros. No Século XV aC esse país celebrou tratados com a Babilônia, Assíria, Creta, Rodas e outros, versando assuntos políticos e econômicos. Mais tarde, em 1272 aC, celebrou um tratado de paz com os hititas, que “ainda dispunha sobre alianças contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradições.” Em Israel, tanto nos reinados de Davi (1055 a 1015 aC) como de Salomão (1015 a 977 aC), havia nítida preocupação com as relações internacionais. Este último celebrou tratados de amizade e comércio com a Fenícia, o Egito e os reinos da Mesopotâmia. Estabeleceu o direito de passagem pelo reino para os mercadores e mandou construir estalagens e galpões para eles ao longo do percurso. Essa política de respeito ao estrangeiro vinha desde Davi, em obediência, aliás, ao que determinavam as próprias leis de Moisés.

Além de leis sobre diplomacia, a Índia proibia certas armas de guerra. E a China, em 2375 aC, “dava destaque à moral internacional”, em consonância com a moral mesma. Daí o desenvolvimento posterior de uma política de relações dos próprios Estados chineses entre si, e entre estes e povos estrangeiros.”³

As primeiras instituições conhecidas do Direito Internacional surgem na Grécia. Com ligeiras variações, apontam os autores as seguintes: a exigência de declaração de guerra e de paz; o direito de asilo; resgate ou troca de prisioneiros de guerra; a arbitragem para solução das controvérsias; a neutralização de certos lugares; a inviolabilidade dos arautos, etc. Essas normas, no entanto, tinham mais inspiração religiosa que política. A preocupação preponderante era com a situação dos súditos das diversas cidades-estados, de modo que muitas de suas regras tinham o caráter de Direito Internacional Privado. É interessante assinalar o reconhecimento dos direitos adquiridos nas diversas colônias, desde que observada a lei respectiva, o que revela um elevado nível de consciência jurídica. Vigoraram no período grego as chamadas “Ligas” que, embora visassem a fins militares, constituíam entidades surgidas de negociações interestatais. Citam-se a “Liga de Delos”, o primeiro pacto militar registrado pela história, a “Liga do Peloponeso”, liderada por Esparta, e a “Liga da Arcádia.”

Na Roma antiga os estrangeiros eram vistos como inimigos

3 Apud Walter Vieira do Nascimento, *op. cit.*, pág. 151;

e tratados com hostilidade. Eram os *hostis* (*hospes, hostis!*) que, aos poucos, evoluíram para *peregrini*. Estabeleceu-se a distinção entre o direito do cidadão romano (*Ius civile*) e o direito do estrangeiro (*Ius gentium*), o que permitiu a ampliação dos conceitos do Direito Internacional Público. Não se pode esquecer o *Ius fetiale*, surgido após as conquistas, e onde os especialistas afirmam encontrar os germes do Direito das Gentes. Esse direito regulava os procedimentos para a declaração e a conclusão das guerras e se revestia de caráter nitidamente religioso. Roma, pela sua característica de império universal, foi pouco profícua ao desenvolvimento de um Direito Internacional. Ela, por assim dizer, era o próprio mundo, e todas as regiões, ou quase, ficavam no seu domínio. Por essa razão, embora seu Direito tenha obtido notável desenvolvimento em outras eras, pouco evoluiu no campo do Direito das Gentes.

Sobre esse ponto, assim escreveu Carlos Roberto Pellegrino:

Da Roma antiga não se pode dizer que tenha havido notável relacionamento internacional autônomo, porquanto o Império Romano transformava as nações conquistadas em províncias e à vassalagem os povos. Com isso, a concepção orgânica do Império não deu margem à independência política das nações conquistadas, embora, por estratégia de dominação, a cultura dos povos dominados tivesse sido preservada.⁴

Com a invasão de Roma pelos povos bárbaros, ocorre a sua pulverização, e os invasores optam por aplicar aos habitantes dos territórios ocupados as suas leis pessoais, isto é, aquelas de seus países de origem. É fácil imaginar a quantidade e variedade de conflitos que surgem, exigindo a formulação de soluções baseadas em princípios de Direito Internacional Privado.

Nesse contexto caótico, crescem o poder e a força da Igreja Católica, cujas decisões preponderam. A pregação de igualdade e fraternidade entre os homens cala fundo e a condenação do uso da força abala as práti-

4 PELLEGRINO, Carlos Roberto. **História da Ordem Internacional**. São Paulo: Brasiliense, 1988, pág. 16.

cas que vinham da antiguidade. Novos princípios jurídicos e costumes políticos começam a surgir, desenvolvendo-se relações internacionais que contribuem para a evolução do Direito Internacional. Essa influência da Igreja se estende até o final da Idade Média.

Merecem referência, no período, a instituição dos princípios da “Paz de Deus”, definindo os beligerantes e não-beligerantes, para que estes fossem poupados, e da “Trégua de Deus”, proibindo os atos de guerra entre as quinze horas de sábado e as seis horas de segunda-feira, e, mais tarde, na quaresma e nos dias santificados. Desenvolve-se o comércio marítimo e as ligas de cidades comerciais, protegendo o comércio e os cidadãos, além de propiciar o surgimento de importantes coleções de leis e sedimentação de costumes marítimos. A mais importante delas foi a “Liga Hanseática”, que durou cerca de dois séculos (meados do XIII até meados do XV). “Essa característica supranacional que dominou a ordem mundial na Idade Média constituiu-se num importante antecedente das organizações internacionais de hoje em dia”, escreveu o citado Pellegrino.

Em compensação, o período foi marcado pela intolerância e pela influência das Cruzadas - a negação frontal do princípio pacifista que norteia o Direito Internacional Público. Oito Cruzadas foram realizadas, entre os Séculos XI e XIII, todas frustradas em seus objetivos, embora trazendo sérias conseqüências históricas, políticas, econômicas, culturais e religiosas. Rotuladas de “guerras santas”, as Cruzadas foram expressões do imperialismo medieval, não lhes faltando, portanto, objetivos econômicos, ainda que usando o sentimento religioso do povo como instrumento de mobilização. Como acentuou o historiador Edward Mc Nall Burns, o homem medieval acreditava piamente nos textos bíblicos e temia as conseqüências da desobediência à Igreja, além do fato de que uma visita aos lugares sagrados do Oriente Médio integrava o projeto de vida das pessoas. As Cruzadas se notabilizaram pelas atrocidades cometidas e pela feroz carnificina dos “infiéis.”

Talvez inspirado nelas, o monge francês Pierre Dubois (1230/1320), que se dizia discípulo de Santo Tomás de Aquino, criou o seu “unionismo”, doutrina de caráter internacional. Seu objetivo era reconquistar a Terra Santa, notadamente Jerusalém, ainda em mãos

“impuras.” Propunha a federação dos Estados Unidos da Europa, sob a liderança francesa. Proibia qualquer tipo de guerra e punia com a excomunhão todos que descumprissem os compromissos assumidos.

Com a decadência do feudalismo, nos albores da Idade Moderna, começam os países a revelar inquietação ante o poderio temporal de Roma e vão retomando, aos poucos, a consciência da soberania nacional. O descobrimento da América, a divisão do mundo cristão provocada por Lutero e as obras de diversos pensadores e juristas propiciam o clima para o surgimento de novo ramo da Ciência Jurídica. Francisco de Vitória e Francisco Suárez (1548/1617), além de um punhado de outros pensadores, contribuem decisivamente para a afirmação do Direito Internacional Público como disciplina autônoma, o que vem a ocorrer no início do Século XVII. Isso acontece com Hugo Grócio (1585/1645), jurista holandês, cuja obra teve intensa repercussão e inovou os conceitos vigentes. É considerado o fundador do Direito Internacional Público moderno. Seu principal tratado, *De jure belli ac pacis*, que veio a público em 1625, é considerado uma obra-prima, mas isso não diminui a importância de sua obra de estréia, *Mare Liberum*, de 1609.

Anos depois, com a assinatura dos tratados de Westfália, em 24 de outubro de 1648, consolida-se a paz naquela região, pondo fim à Guerra dos Trinta Anos, de tão graves conseqüências para a Europa. Segundo Hildebrando Accioly, “triunfava o princípio da igualdade jurídica dos Estados, estabelecia-se em bases sólidas o princípio do equilíbrio europeu, surgiam os primeiros ensaios de uma regulamentação internacional positiva.”⁵ O acontecimento tem grande relevância para o Direito Internacional Público, pois “aí fincava raízes fundas”, como asseverou com precisão o referido Vieira do Nascimento.

No século seguinte emerge a figura do filósofo alemão Emmanuel Kant (1724/1804), cujo livro “A Paz Perpétua” foi publicado pela primeira vez em 1795, em Königsberg. Mostrou, com extrema lucidez, a necessidade imperiosa de agirem os países com ética e boa-fé nas suas relações e tratados, não os “ajustando com a reserva mental de certos motivos capazes de provocar no porvir outra guerra.” Fixou

5 ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**, São Paulo: Saraiva, 3. ed., 1956, pág. 26.

os artigos preliminares e definitivos de uma paz perpétua entre os Estados, pelos quais eles deveriam renunciar à força bruta para resolver suas pendências e se submeter às normas internacionais. Propôs a criação de uma federação mundial de Estados livres e outras regras para a garantia da paz, credenciando-se como importante precursor das organizações internacionais hoje existentes.⁶

Merece citação especial, ainda, o filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham (1748/1832) pelos subsídios que forneceu. Foi ele quem empregou, pela primeira vez, a denominação Direito Internacional, em 1780. Propôs, entre outras medidas, a libertação das colônias dos países europeus, consagrando-se como precursor da descolonização, hoje atribuição da ONU, a criação de uma Corte de Justiça com poder coercitivo internacional e a abolição do segredo diplomático, além de outras providências pacíficas e moralizadoras das relações entre os povos.

A Revolução Francesa consolida os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, com profundas repercussões em todo o mundo. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada em 26 de agosto de 1789, aprova o mais importante conjunto de princípios democráticos da época, inspirando todas as constituições e tratados subseqüentes.

Fixadas, enfim, suas bases, o Direito Internacional Público não cessou de progredir. Doutrinadores e especialistas se multiplicam e o manejo de suas regras é tarefa rotineira no trato entre países. Seu constante aprimoramento e aplicação constituem a segurança do mundo e a esperança de que o fantasma da guerra deixe de rondá-lo.

2 Definição - Objeto - Distinção

Segundo Hildebrando Accioly, o "Direito Internacional Público, ou Direito das Gentes, é o conjunto de princípios ou regras destinados a reger direitos e deveres internacionais tanto dos Estados ou outros organismos análogos, quanto dos indivíduos."⁷ Ao se referir a

6 KANT, Emmanuel. **A Paz Perpétua**. Rio de Janeiro: Editora Vecchi, 1944, tradução de Galvão de Queiroz.

7 *Op. cit.*,pág. 18.

“outros organismos análogos”, o celebrado mestre parecia prever, há meio século, o desdobramento futuro da disciplina e o alargamento de sua abrangência.

Monsserrat Filho prefere explicar que o

Direito Internacional Público regula as relações internacionais, ou seja, as relações entre os Estados, - os principais atores da vida mundial, - as nações em luta pela independência política e as organizações internacionais, cada vez mais importantes e numerosas.⁸

Esse mesmo autor sustenta que existem hoje, na verdade, três tipos de Direito: o burguês ou capitalista, o socialista ou proletário, e o terceiro-mundista, que é aquele dos países subdesenvolvidos lutando para sair dessa situação e melhorar as condições de vida de seus povos. Essa tripartição se reflete nas relações internacionais e força a democratização do Direito Internacional Público, permitindo que qualquer país, por menor que seja, tenha vez e voz, assumindo posições independentes e que melhor defendam suas necessidades e interesses.

O objeto do estudo do Direito Internacional Público costuma ser dividido pelos tratadistas em três partes, versando sobre **as pessoas de direito internacional**, a **jurisdição dos Estados** e os **litígios internacionais**, cada uma delas bastante ampla, mas que procuraremos esquematizar.

A primeira parte estuda os Estados, seus elementos constitutivos, classificação, nascimento e fim, direitos e deveres, responsabilidade, órgãos das relações entre os Estados, compromissos internacionais e tudo mais que se relaciona com o Estado, na sua qualidade de principal sujeito de Direito Internacional. Essa primeira parte estuda ainda a situação **sui generis** da Santa Sé no panorama jurídico internacional, as organizações internacionais, detentoras de personalidade **derivada** e, finalmente, o homem como **pessoa internacional**.

Este último, como detentor de direitos fundamentais, obteve o seu reconhecimento e garantias pelo Direito Internacional. Desde mui-

8 MONSSERRAT FILHO, José. **O que é Direito Internacional**. São Paulo: Brasiliense, 1986, págs. 18 e 19.

tos anos se proclama o dever do Estado “reconhecer a todo indivíduo o mesmo direito à vida, à liberdade e à propriedade e conceder a todos, no seu território, plena e inteira proteção desse direito, sem distinção de nacionalidade, de sexo, de raça, de língua ou de religião.”⁹

Estende-se essa proteção à garantia da liberdade individual, à defesa contra a escravidão e o tráfico de escravos e de mulheres, exploração da prostituição infantil defesa da saúde (combate às drogas e às doenças), proteção de minorias, crianças e adolescentes, do trabalho intelectual etc. São normas que buscam dar ao homem, em qualquer canto, a segurança de que seus direitos básicos não serão violados, fazendo dele um cidadão do mundo.

A inclusão do homem como **sujeito internacional**, no entanto, jamais foi pacífica, e ainda existem aqueles que não a aceitam. O referido Monsserrat Filho, por exemplo, diz o seguinte:

Diversos autores consideram o homem e as empresas multinacionais como sujeitos de Direito Internacional. Nós, em contraposição, entendemos que tanto os homens como as multinacionais estão, normalmente, subordinados à jurisdição de um país, onde são, pela ordem, pessoas físicas e jurídicas. Toda a atividade internacional dos homens e das multinacionais é mediatizada por um Estado, que por eles responde perante os outros Estados. Os homens e as multinacionais não têm atuação autônoma na arena mundial. Logo, não podem ser sujeitos nessa área.¹⁰

Tomando posição nessa contenda, entendo que o homem, em face das garantias internacionais que conquistou no mundo moderno, deve ser incluído como pessoa ou sujeito internacional. Não são poucos os casos em que um indivíduo isolado, em certas circunstâncias, tem provocado incidentes diplomáticos e internacionais de gravidade. Escrevendo a respeito, assim se manifestou Celso D. de Albuquerque Mello:

9 Resolução de 1929, do Instituto de Direito Internacional, referida por Accioly, *op. cit.*, pág. 246.

10 *Op. cit.*, págs. 22 e 23.

Na verdade, podemos concluir que existem duas razões para o homem ser considerado pessoa internacional: a) a própria dignidade humana, que leva a ordem jurídica internacional a lhe reconhecer direitos fundamentais e procurar protegê-lo; b) a própria noção de Direito, obra do homem para o homem. Em conseqüência, a ordem jurídica internacional vai se preocupando cada vez mais com os direitos do homem, que são quase verdadeiros **direitos naturais concretos**.¹¹

E de fato, não têm sido poucos os casos, antigos e recentes, em que simples indivíduos foram alçados a essa condição, lembrando-se que já existem regras permitindo a atuação individual em questões junto a organismos internacionais. Terroristas, genocidas, autores de graves crimes contra o meio ambiente e de ações que põem em risco as populações são objeto de normas cada vez mais numerosas.

Quanto às multinacionais ou transnacionais, não é fácil contornar os argumentos em contrário, embora a tendência seja no sentido de considerá-las sujeitos quando têm capacidade e amplitude para atuar em vários países onde, tantas vezes, interferem nos assuntos internos e externos. Carlos Roberto Husek, em seu apreciado livro, anota que certas **coletividades** sem os caracteres de Estados e nem de organismos internacionais são enquadradas como sujeitos. Aponta ele os “Beligerantes”, os “Insurgentes”, “Territórios sob Tutela Internacional”, a “Soberana Ordem de Malta”, o “Comitê Internacional da Cruz Vermelha”, as “Sociedades Comerciais” e as “Organizações Não Governamentais” (ONGs) que atuam em âmbito internacional, além da referida Santa Sé¹². Entendo que também integram essa categoria as organizações terroristas conhecidas como tais e estruturadas. E assim, com as mudanças que ocorrem no mundo, vai se alargando o âmbito da disciplina.

11 MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, São Paulo: Ed. Renovar, 3. ed., Vol. I., 2001, pág. 624.

12 HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**, São Paulo: Ed. LTr, 4. ed., 2002, pág. 43. Este autor faz uma minuciosa análise dos tratados no Capítulo III desta obra.

Capítulo importante, neste ponto, é o estudo dos tratados, que são o instrumento por excelência para fixar as obrigações jurídicas entre os Estados, além dos delitos, quase-delitos e declarações unilaterais que também obrigam seus autores. Tratado é uma designação genérica, mas, dependendo de outros fatores, pode revestir o caráter de convenção, protocolo, convênio, declaração, ajuste, acordo, compromisso etc. Para sua validade, os tratados devem observar normas relacionadas à capacidade das partes, à representatividade dos órgãos signatários e à exigência de um objeto lícito e possível. O tratado faz lei entre as partes e necessita, em regra, de ratificação para entrar em vigor. No Brasil, a competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais é do Presidente da República, mas sujeitos ao referendo do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 84, VIII). Existe uma **técnica** para a elaboração dos tratados. Estão sujeitos a regras que, em muitos casos, também vigoram nos contratos em geral e aos princípios da hermenêutica em sua interpretação. Sobre os tratados, suas teorias, princípios, técnicas e detalhes, o ministro José Francisco Rezek publicou uma das obras mais completas e abrangentes.

Na segunda parte examina-se o campo de abrangência da jurisdição do Estado, isto é, o espaço em que ele exerce efetivamente a sua autoridade soberana – a **soberania**. Estuda-se aí o território sobre o qual ele exerce o domínio estatal (terrestre, fluvial, lacustre, marítimo e aéreo), em todos os seus aspectos, entre eles algumas das questões mais interessantes do Direito Internacional, como o exercício da soberania em alto-mar, o mar territorial (que o Brasil estendeu até duzentas milhas), a plataforma continental (de grande importância para nós, porque nela têm sido encontradas nossas maiores reservas petrolíferas), o espaço aéreo e outras. Também as formas de aquisição e perda do domínio estatal integram este capítulo. O mesmo acontece com os navios e aeronaves, cuja situação jurídica é bastante complexa e de importância fundamental no mundo de hoje, onde se multiplicam de forma impressionante. Em torno dessas questões vigora verdadeiro cipoal de tratados, convenções e pactos celebrados entre os países, inclusive o Brasil.

Insera-se aqui a discussão que lavra na moderna doutrina do Direito Internacional sobre o conceito de **soberania** nos dias de hoje em face do fenômeno da **globalização**. Entendida antes como abso-

luta, excluindo qualquer interferência externa, prevalece agora a idéia de soberania **relativa** ou **limitada**, uma vez que os países são cada vez mais e mais **interdependentes**. Embora a limitação se choque com o conceito literal de soberania (independência, poder supremo, autoridade absoluta, supremacia), é assim que vem sendo encarada, existindo, até mesmo, normas internacionais que a consagram. No que respeita aos países pobres, dependentes de recursos externos, a submissão está implícita nas exigências tantas vezes escorchantes e absurdas dos organismos credores. A dívida externa brasileira é um exemplo bem significativo.

A limitação da soberania, como seria de prever, tem ensejado abusos por parte das grandes potências. Nestes últimos anos o mundo perplexo assistiu a invasão de países soberanos, como o Afeganistão e o Iraque, à revelia do Direito e da posição contrária da ONU. Os pretextos apresentados, depois demonstrados falsos, inocularam o temor em outros países, inclusive o Brasil no que respeita à Amazônia. Está em curso o entendimento entre as grandes potências de que não temos capacidade para defender a floresta, cuja conservação é de interesse mundial. Nesse sentido se manifestaram, de forma aberta ou velada, líderes de várias nações. Essas atitudes, no fundo, escondem o interesse pelas riquezas e fontes de energia existentes nas regiões, em especial pelo petróleo, ainda mais quando se sabe que as reservas mundiais estão se aproximando do esgotamento. Os livros de Gore Vidal, norte-americano, e Carlos Fuentes, mexicano, são muito atuais e elucidativos. No que se refere à Amazônia, o jurista catarinense Osny Duarte Pereira já previa o agravamento dessa situação nos idos de 1958 nas páginas de substancioso livro¹³.

Na terceira e última parte são estudados os litígios internacionais, cuja prevenção e solução constituem os objetivos supremos deste ramo da Ciência Jurídica. Diz-se mesmo que o Direito Internacional nasceu como um **direito da guerra**, essa calamidade que tem desgraçado a sociedade humana ao longo dos tempos, e só depois foi alargando seu âmbito para outros temas.

13 VIDAL, Gore. **Sonhando a Guerra**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2003; FUENTES, Carlos. **Contra Bush**. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2004; PEREIRA, Osny Duarte. **Desnacionalização da Amazônia**. São Paulo: Editora Fulgor, 1958.

Assim como na sociedade dos indivíduos, também na sociedade das nações os conflitos de interesses são inevitáveis, provocando o pesadelo das confrontações armadas. Nos conflitos internos, no entanto, dispõe o Direito de **poder coercitivo** para impor as decisões emanadas de seu aparelhamento judiciário, enquanto que na ordem internacional isso ainda não acontece. Não se conseguiu, até hoje, a criação de uma **entidade supranacional** com força suficiente para se sobrepor à soberania das nações e fazer cumprir os julgados das Cortes Internacionais e às quais pudessem as partes recorrer em casos extremos, como nas hipóteses de violações de direitos humanos, da ordem democrática constitucional e outros dessa envergadura. Embora essa constitua a grande frustração dos estudiosos e homens públicos, causadora de certa descrença na viabilidade e no futuro do Direito Internacional, é uma meta que precisa ser perseguida com obstinação, mostrando que o homem civilizado deseja mesmo rejeitar para sempre a força bruta como meio de solucionar suas pendências.

O Direito Internacional - escreve o referido Monserrat Filho, - contrariamente ao Direito Interno, não tem governo, nem polícia, e seus Tribunais de Justiça não têm jurisdição obrigatória, ou seja, eles só julgam e decidem entre as partes envolvidas. Há um acordo nesse sentido, aceitando o julgamento e a obrigatoriedade da sentença ali lavrada.¹⁴

Diante disso, o relacionamento internacional dos Estados exige elevado grau de responsabilidade, cumprindo com seriedade os compromissos assumidos. E, nesse ponto, uma opinião pública esclarecida tem grande importância, pressionando seus governos para que não cometam ilegalidades, dentro ou fora do país.

Sobreleva, neste capítulo, o estudo da paz e da guerra. As controvérsias internacionais, segundo Accioly, podem ser solucionadas através de três meios pacíficos: a) **meios diplomáticos** (negociações diretas, congressos e conferências, bons ofícios, mediação e consulta); b) **meios jurídicos** (arbitragem, decisão judiciária de uma Corte permanente de justiça internacional, comissões internacionais de inquérito e conciliação, comissões mistas); c) **meios coercitivos**

¹⁴ *Op. cit.*, pág. 49.

(retorsão, represálias, embargo, bloqueio pacífico, boicotagem, ruptura das relações diplomáticas). Os meios relacionados sob **a** e **b** são **amistosos** e sob **c**, **não-amistosos**. A classificação do mestre abrange todos os meios existentes.

Integra também este capítulo o estudo da guerra, sua classificação, leis, declaração, forma (terrestre, marítima, aérea, nuclear, justa e injusta, lícita e ilícita, bem como as modalidades mais recentes e sofisticadas, como a guerrilha, a bacteriológica, a química, o uso do napalm, as invasões *manu militari* não justificadas ou fundadas em falsos pretextos, a guerra subliminar, movida através de outras pessoas ou organizações e outras em que tem se especializado a arte macabra do extermínio), beligerantes e não-beligerantes, meios lícitos e ilícitos, neutralidade, fim da guerra e tudo mais que lhe diz respeito.¹⁵

Em esmerado ensaio, Pinto Ferreira fez uma abordagem moderna e atualizada da guerra no contexto da geopolítica de ascensão, apogeu e decadência das grandes potências. Analisou as espécies de guerra, sua evolução, o Estado militarista, classificação (justa e injusta), a guerra termonuclear e suas conseqüências apocalípticas. Conclui proclamando os homens que amam a vida à luta sem trégua pela paz perpétua, “que a filosofia política entende como a **liberdade tranqüila**, criando uma nova mentalidade, um novo homem portador de valores espirituais, que seja o precursor da nova humanidade.”¹⁶

Resta, por fim, para encerrar este capítulo, estabelecer a **distinção** entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Numa forma simplificadora, podemos dizer que o primeiro regula as relações entre os Estados e entidades dotadas de personalidade internacional entre si, ou melhor, uns com os outros. O segundo, por sua vez, regula as relações entre as pessoas físicas e jurídicas com os Estados estrangeiros. Em nosso país, o principal diploma que regula a situação dos estrangeiros é a Lei de Introdução ao Código Civil, designada por alguns juristas como a “Constituição dos Estrangeiros” (Decreto-Lei 4657, de 4 de setembro de 1942), bem como sua legislação

15 *Op. cit.*, págs. 293 e 394.

16 FERREIRA, Luís Pinto. **Geopolítica da ascensão, apogeu e declínio das grandes potências in Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, Vol. 21, 1995, págs. 119 a 200.

modificativa e complementar. Essa lei – esclarece Clóvis Bevilacqua – contém dispositivos com matéria de Direito Público, de hermenêutica e de Direito Internacional Privado. O novo Código Civil manteve em vigor esse diploma.

Monsserrat Filho, com sua costumeira clareza, escreve:

O Direito Internacional Privado cuida das relações privadas, civis e comerciais, entre pessoas, empresas e organizações de diferentes países. Aqui entram questões sobre a situação jurídica de cidadãos e entidades estrangeiras, problemas decorrentes do intercâmbio comercial, industrial e financeiro de dois ou mais Estados, direito autoral e de propriedade industrial dos estrangeiros, casamento e herança de estrangeiros e assim por diante [...] Todas as relações internacionais, sejam públicas ou privadas, são regidas em suas linhas fundamentais pelo Direito Internacional Público. Daí sua tremenda importância neste mundo cada vez menor e mais internacionalizado.¹⁷

3 Organizações Internacionais

São muito antigas, na história da humanidade, as tentativas de criação de entidades internacionais congregando nações, povos, estados ou cidades. Sob os mais variados nomes, como confederação, federação, liga, pacto, império universal, aliança e outros, elas surgiram em variadas épocas e lugares, algumas com longa duração e sucesso nos seus objetivos. Essas entidades, no entanto, visavam quase sempre fins militares ou comerciais, embora pensadores e juristas imaginassem a criação de autênticas sociedades de nações, arquitetando os mais estranhos projetos. Entre as muitas propostas apresentadas, avulta a de Sully, considerada “o primeiro germe intelectual de uma Sociedade das Nações”, segundo o referido Carlos Roberto Pellegrino. Ministro do rei Henrique IV, da França, Maximilien de Béthune, o duque de Sully

17 *Op. cit.*, págs. 27 e 28

(1560/1641), concebeu uma república federativa de países, governada por um conselho misto, o que implicava em considerável avanço em face das idéias dominantes.¹⁸

Essas idéias, nos tempos modernos, conseguiram passar da teoria. Em 1919, com a assinatura do Pacto das Nações, surgiu a primeira organização realmente internacional que o mundo conheceu – a Sociedade das Nações (SDN). Consagrada no Tratado de Versalhes e nos demais tratados celebrados entre os aliados da I Guerra Mundial (1914/1918), a instituição se inspirava no ideal de uma ordem internacional justa, defendida pelo presidente norte-americano Woodrow Wilson (1856/1924). O Pacto das Nações foi firmado a 28 de junho de 1919, durante a Conferência da Paz, em Paris, por 26 estados e 4 domínios, aos quais se somaram mais 13 estados convidados. Como têm observado os estudiosos, foi necessária uma hecatombe que sacudiu o mundo inteiro, como a I Guerra, para que os povos se unissem. Assim como entre os indivíduos, os povos só se unem quando têm medo. A entidade não foi e nem pretendia ser um **superestado** e jamais conseguiu congregiar todos os países, isto é, alcançar uma universalidade. No ano seguinte era instalada a Corte Permanente de Justiça Internacional, prevista no Pacto.

Apesar das esperanças nela depositadas, a paz “wilsoniana” materializada na SDN não iria longe. Em duas décadas – 1919/1939 – a organização desapareceria, impotente diante do recrudescimento da violência e do caos. Com efeito, desde seu surgimento ela vinha sendo bombardeada pelas críticas sobre a forma como haviam sido tratados os vencidos, obrigados a reconhecer sua própria culpa pela Guerra, com a Alemanha reduzida a uma espécie de servidão e sujeita a pesados ônus. Outros problemas contribuíram para o seu fim precoce, como a ausência paradoxal dos Estados Unidos da organização, em face da recusa de seu Senado a ratificar os tratados, além da criação de novos estados europeus, fomentando disputas e rivalidades, e os desentendimentos entre Inglaterra e França, afastando-a por completo, na prática, dos “14 Princípios de Wilson.” A omissão americana gerou uma polêmica que até hoje não se esgotou.¹⁹

18 **Enciclopédia Brasileira Globo**. Porto Alegre: Editora Globo, 12. ed., 1971, Vol. 11.

19 BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**, Porto Alegre: Editora

Embora enfraquecida e eivada de problemas, a SDN solucionou alguns conflitos internacionais e batalhou pelo cumprimento de suas finalidades. Entre crises e soluções, fracassos e sucessos, sua situação se agravou seriamente com a invasão soviética da Finlândia, que culminou com a expulsão da URSS de seus quadros. Antes disso, o fracasso das represálias contra a Itália pela invasão da Etiópia, enfraqueceram em muito a SDN. Os conflitos e ações belicistas se multiplicaram e o mundo entrou outra vez em irreversível clima de guerra.

Desarticulada pelas múltiplas denúncias do Pacto e já sem condições de se impor politicamente, a Sociedade das Nações fechou suas portas às vésperas da II Guerra Mundial. Desfazia-se assim mais um grande sonho da paz universal fundada sobre a ordem e a justiça – escreveu Pellegrino.²⁰

Foi dissolvida em 1947, após uma última e melancólica reunião no ano anterior.

Exausto da guerra e sua carnificina, o mundo ansiava pela paz e pela criação de uma entidade internacional capaz de torná-la perpétua, como imaginava Kant. O historiador inglês H. G. Wells havia pregado a instituição de um “governo mundial” para reger o mundo e afastá-lo para sempre do flagelo da guerra. Os objetivos dos estadistas que se empenhavam na criação dessa entidade, no entanto, eram mais modestos. Seus princípios surgiram na Declaração das Nações Unidas, de 1º de janeiro de 1942, nos projetos de Moscou (1943), nas conferências de Dumbarton Oaks (Washington – 1944) e de Yalta (1945). Queriam uma entidade forte e respeitada, capaz de intervir com eficácia no cenário mundial, prevenindo as crises e conflitos, agindo como mediadora quando situações de gravidade se manifestassem. Com representantes de cinquenta nações, sua primeira sessão aconteceu em São Francisco da Califórnia, entre 25 de abril e 26 de junho de 1945. Nesta data era assinada a Carta das Nações Unidas e nascia a nova entidade internacional que deveria reger os destinos do mundo – a Organização das Nações

Globo, 1978, Vol. II, págs. 911/915; WELLS, H. G. **História Universal**, São Paulo, Edigraf, 9. ed., 1972, Vol. VI, págs. 1759/1791.

20 PELLEGRINO, Carlos Roberto. *op. cit.*, págs. 68/69; **Enciclopédia Globo**, cit., Vol. XII.

Unidas (ONU). Depois de ratificada a Carta pela maioria dos países, inclusive o Brasil, a Organização foi oficialmente instalada em 24 de outubro, o dia das Nações Unidas. A carta tem 111 artigos e o **status** de Constituição da entidade. Segundo os especialistas, foi o mais apurado pacto internacional que o mundo alcançou celebrar até hoje, facilitado pelas circunstâncias do pós-guerra. É por isso que se diz ser a ONU fruto da II Guerra Mundial (1939/1945). Pelas informações mais recentes, a ONU conta com 191 países membros, dentre os 220, aproximadamente, que existem no mundo.

Sua sede, em Nova York, é considerada território internacional. Tem legislação e bandeira próprias e seus serviços de correio, segurança e difusão não se subordinam à soberania nacional americana. Por razões estratégicas e de segurança, adotou a descentralização, distribuindo suas organizações mais importantes entre Nova York, Genebra, Viena e Nairobi, com programas, agências e serviços espalhados pelo mundo.

A Organização possui uma estrutura complexa onde se destacam **seis órgãos principais**, aos quais cabem sua administração e o cumprimento das finalidades. São eles:

Assembléia Geral – Compõe-se de todos os membros, cada qual com um voto e cinco representantes, no máximo. Reúne-se em sessão ordinária (anual) e especiais, quando o exigirem as circunstâncias. Suas decisões são tomadas por maioria de dois terços (questões importantes) e por maioria simples dos presentes e votantes (nos demais casos). Tem inúmeras atribuições, obrigatórias e facultativas. Existe ainda a **Pequena Assembléia** (Comissão Interina), funcionando nos intervalos da outra, para estudar as questões de paz e segurança internacionais. A Assembléia Geral é o mais importante colegiado deliberativo da Organização e tem como línguas oficiais o inglês, o francês, o chinês, o russo, o espanhol e o árabe. Pleiteia-se a inclusão do português entre esses idiomas.

Conselho de Segurança – É o principal órgão da ONU. Compõe-se de 15 membros, dos quais cinco são permanentes (China, França, Estados Unidos, Inglaterra e Rússia) e dez eleitos pela Assembléia Geral por dois anos, sem reeleição. Entre os não-permanentes, cinco devem ser de países africanos e asiáticos, dois latino-americanos,

dois da Europa ocidental e um da Europa oriental. No momento em que escrevo, o Brasil postula uma vaga entre os permanentes, batalhando pelo aumento do número de membros. São remotas as possibilidades de lograr esse intento.. Suas reuniões são periódicas e cada membro tem um representante e um voto. As decisões são tomadas por nove votos favoráveis em questões processuais e por nove votos, incluindo-se **todos** os permanentes, nos demais casos, em geral graves. A simples abstenção de **um** permanente, nesses casos, implica em **veto** (art. 27, par. 3º, da Carta). Ao Conselho cabe a responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais, podendo recomendar, determinar, mediar, instaurar inquéritos, conciliar, convocar, adotar sanções e até promover ação militar, requisitando de seus membros as forças necessárias, além de outras providências, na forma da Carta, para bem cumprir sua missão. Possui comissões para ajudá-lo nessa tarefa.

Conselho Econômico e Social – Compõe-se atualmente de 54 membros, eleitos por três anos pela Assembléia Geral. Todos os anos se renova a terça parte (18) de seus integrantes. Cada membro tem um representante e as decisões são tomadas por maioria dos presentes e votantes. Cabe-lhe mandar elaborar estudos sobre questões econômicas, sociais, culturais, educativas e de saúde, além de outras atribuições que lhe são conferidas pela Carta (arts. 55 a 72). É considerado o principal órgão da ONU para temas não-políticos, funcionando como uma espécie de gabinete nessa área.

Conselho de Tutela – É composto de membros que administram territórios tutelados, membros permanentes do Conselho de Segurança que não administrem territórios e membros eleitos por três anos pela Assembléia. O número total deve ficar dividido em partes iguais entre os que estiverem numa e na outra situação (arts. 86 a 91). Cada integrante terá um representante que deverá ser pessoa qualificada e as decisões serão por maioria dos presentes e votantes. Sua função principal é supervisionar os territórios colocados sob tutela da ONU, acompanhando o seu desenvolvimento, administração, e tomando outras medidas necessárias, inclusive visitas periódicas. Com a paulatina transformação dos territórios tutelados em estados independentes, as funções do Conselho tendem a se esvaziar.

Corte ou Tribunal Internacional de Justiça – Principal órgão judiciário da ONU, compõe-se de quinze juízes, eleitos por nove anos, com base em listas de candidatos elaboradas pelos **grupos nacionais** de órgãos da própria Organização. Esses candidatos deverão ser pessoas de alta consideração moral e satisfazer os requisitos para ocupar os mais altos postos judiciários de seus países de origem ou serem juristas de nomeada na área do Direito Internacional. Não pode ter mais de um juiz da mesma nacionalidade. Sua sede fica em Haia e tem como línguas oficiais o inglês e o francês. É regulamentada por um Estatuto que integra a Carta (arts. 92 a 96). A eleição de seus juízes é das mais difíceis e passa por um processo extremamente complexo. Compete-lhe julgar os litígios que as partes lhe submetem e todos os casos previstos na Carta, em tratados, convenções e outros atos internacionais. As votações se decidem por maioria.

Secretariado – É o órgão administrativo da ONU. Dirige-o um Secretário Geral eleito pela Assembléia por recomendação do Conselho de Segurança. Compete-lhe comparecer às sessões dos órgãos da entidade, nomear funcionários, apresentar relatório anual e levar à apreciação do Conselho de Segurança tudo que possa constituir ameaça à paz. Compõem o Secretariado diversos Escritórios para fins específicos e numerosos funcionários, escolhidos dentro do mais amplo critério geográfico possível (arts. 97 a 101, da Carta). Desde a sua fundação teve a ONU os seguintes Secretários Gerais: Trigue Lie (norueguês – 1946/1952); Dag Hammarskjöld (sueco – 1953/1961); U Thant (birmanês – 1961/1971); Kurt Waldheim (austríaco – 1972/1981); Javier Pérez de Cuéllar (peruano – 1982/1991) e Boutros Boutros-Ghali (egípcio – 1992/1997), sucedido pelo atual, o ganes Kofi Annan, em exercício até hoje.

A Organização possui, além desses, outros órgãos que integram sua própria estrutura, grandes programas associados, grandes agências, agências técnicas, serviços, centros, programas específicos, comitês, comissões, departamentos, corpos, fundos etc. Muitos são mantidos por ela, outros em convênios ou pelos estados. É uma estrutura complexa e ampla, sustentada pelas contribuições dos países membros, sempre insuficientes, e que é apontada como uma das causas que mais prejudicam sua atuação.

Entre estes órgãos auxiliares destacamos os mais conhecidos e importantes: UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância); OIT (Organização Internacional do Trabalho); UNESCO (Organização para a Educação, Ciência e Cultura); OMS (Organização Mundial da Saúde); FAO (Organização para a Alimentação e Agricultura); AIEA (Organização Internacional da Energia Atômica); UPU (União Postal Universal); FMI (Fundo Monetário Internacional); BIRD (Banco para a Reconstrução e Desenvolvimento); AID (Associação Internacional para o Desenvolvimento); OMC (Organização Mundial do Comércio, ex-Gatt) etc. Existem entidades com finalidade jurídica, econômica, social, sanitária, humanitária, de defesa dos direitos humanos, de minorias, de mulheres, de refugiados, da infância, de prevenção contra drogas e assim por diante, com suas sedes ou ações espalhadas pelo mundo, conforme preconiza o **espírito universalista** da Organização.²¹ A área de ação da entidade vai muito além dos seus **objetivos precípuos** de manter a paz e a segurança, estendendo-se por vastíssimos campos, com ênfase para o social.

Em 24 de outubro de 1995, com grandes comemorações, a ONU completou cinqüenta anos. A par dos discursos e solenidades, surgiram os inevitáveis balanços de sua atuação. Concluíram os mais isentos, com base em dados históricos, que, lamentavelmente, a Organização teve mais derrotas que vitórias nos casos em que interferiu, no campo político. Muitas vezes foi marginalizada, com as negociações acontecendo fora de sua órbita, além de que o **horror nuclear** atuou como força moderadora mais poderosa que ela. Mesmo o término da **guerra fria**, acabando com o equilíbrio imposto pelo medo, não aumentou o percentual de seus sucessos, em número inferior aos fracassos. Já no campo social sua atuação foi bem mais significativa.

Buscando explicação para tão sofrível desempenho, têm os especialistas apontado **quatro** causas principais, umas procedentes, outras discutíveis. Seriam elas:

A falta de **sinceridade** dos apregoados propósitos pacifistas de seus membros, inclusive das grandes potências, usando a ONU para a demagogia e a propaganda. Como costuma acontecer na política

21 Esquema completo da estrutura da ONU está no livro **ONU**, de Maurice Bertrand, Petrópolis: Editora Vozes, 1995, tradução de Guilherme Teixeira.

interna, também na internacional o discurso se distancia da ação. E, como já advertia Kant, em 1795, sem ética e boa-fé a paz perpétua será inatingível.

O **esvaziamento** da Organização no campo econômico, entregue a órgãos que, embora ligados a ela, não lhe são subordinados (FMI, OMC, OCDE, Banco Mundial etc.) A separação entre o político-social e o econômico, possível em teoria, dificulta as ações na realidade prática.

Outro entrave, bem mais grave, reside no chamado **direito de veto** dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança (art. 27, par. 3º, da Carta) Seu exercício impede a interferência da Organização, tornando-a mera expectadora dos fatos, sem nada poder fazer. Já nos anos 50, na infância da ONU, o acatado internacionalista brasileiro Hildebrando Accioly dizia que “o veto paralisava o Conselho de Segurança” e constituía “uma das fraquezas da ONU.”

Por último, estariam a **complexidade** e a **magnitude** de sua **estrutura**, entregue a um funcionalismo com tendência burocratizante. Uma entidade mundial, com tantos e tão variados serviços, teria, por força, que ser complexa, embora possa ser melhorada e enxugada em muitos setores. Quanto aos funcionários, trazem os defeitos e as qualidades de sua origem, uma vez que são recrutados em todos os quadrantes. A criação de quadros próprios poderia ser a solução, apesar de outros problemas que, com certeza, surgiriam.

Esses seriam, além de outros, os obstáculos à completa realização dos objetivos da ONU. Superá-los não é fácil, dependendo de muito esforço e dedicação, mas é possível e necessário para que o mundo não se afaste da trilha da paz.

Diante dessa situação, vários posicionamentos têm surgido a respeito do futuro da ONU. Existem os que pregam sua **reforma**, **recriação** e até a **extinção**. Este último, pelo seu radicalismo, não encontrou eco e nem chegou a se estruturar como uma corrente. Se o mundo é ruim com a ONU, seguramente pior seria sem ela.

A corrente **reformista**, de índole conservadora, entende que a Organização deve ser reformada com moderação naquilo que mais prejudica sua ação, mas sempre dentro da estrutura da entidade,

preservando-a. Para ela, **os ideais da Carta** constituem o máximo que se poderia esperar, com realismo, de um consenso de nações, e que só foi possível em virtude das condições do pós-guerra. Suprimi-la, mesmo por curto prazo, ou enfraquecê-la, poderia ensejar o caos antes mesmo que algo de novo pudesse sucedê-la. Os acontecimentos no mundo de hoje se precipitam e muitas vezes constituem completa surpresa, mesmo para os **experts**, razão pela qual a prudência de impõe. Ademais – dizem – os princípios expressos na carta precisam ser pregados até que se tornem realidade em toda parte. Essa é a corrente majoritária.

A corrente **recriadora**, também designada como de **terceira geração** ou **constitucionalista**, é bem mais recente. O especialista francês Maurice Bertrand, cujo livro foi traduzido e publicado no Brasil, é um de seus grandes defensores.²² Para ela, os argumentos dos reformistas são lugares – comuns, frutos do irrealismo em que vive a entidade. Nada, na verdade, impede a criação de nova Organização em substituição à ONU, mais forte, moderna e ágil, sem cometer os erros que macularam a SDN e depois a própria ONU como uma espécie de pecado original. Os progressos feitos à margem da Organização, nos campos da paz e da segurança, poderiam ser aproveitados pela nova entidade num plano mundial. Com base nessas idéias, vários projetos têm sido apresentados. Essa corrente não admite na entidade que imagina a presença de **governos de fato**, como representantes de seus países, ampliando com isso, a legitimidade da própria entidade.

Esses problemas todos não significam que a ONU seja inútil ou dispensável. Em seus sessenta anos de vida ela prestou relevantes serviços, bem maiores que o da SDN, tanto no campo da política como no social, contribuindo decisivamente no processo de **descolonização** do planeta. Como já se afirmou, bastaria que tivesse evitado uma só e única guerra para que sua existência se justificasse. Ela precisa ser prestigiada por todos e aprimorada para que o ideal da paz perpétua, que hoje pode se afigurar utópico, um dia espelhe a realidade do mundo. Entre o homem antigo, para quem a guerra era considerada natural e inevitável, e os pacifistas atuais medeia um longo e penoso avanço no rumo da verdadeira civilização. Tudo que estes alcançaram seria para aqueles desvairada utopia.

22 BERTRAND, Maurice. *op. cit.*, capítulo V.

Está surgindo um movimento, sugerido pelo filósofo americano Richard Rorty, no sentido de criar um exército da própria ONU, dirigido e preparado por ela para a defesa da paz e da segurança. Uma organização militar *sui generis*, pacifista e conciliadora, e que lhe daria força na execução de suas decisões. Seria uma força permanente, com o pessoal recrutado nos países membros e custeado por suas contribuições. Não haveria mais a necessidade de complicadas e demoradas convocações de forças heterogêneas, de vários países membros, como acontece com os **boinas azuis** de hoje.

Existem também organizações internacionais **regionais** com objetivos diplomáticos, mercantis ou militares, atuando em diferentes partes do Globo. Visam a objetivos, soluções de problemas ou defesa de interesses regionais de forma integrada. Algumas delas se tornaram poderosas e influentes e sua existência é admitida pela ONU, desde que não contrariem o espírito da Carta.

Para nós, americanos, avulta em importância a Organização dos Estados Americanos (OEA), entidade que congrega os países das três Américas, inclusive os Estados Unidos e o Canadá. Segundo informações recentes, possui hoje 35 membros, entre os quais os latino-americanos e os caribenhos.

Sua consolidação, nos moldes atuais, decorreu de negociações e conferências dos países americanos, que remontam há mais de um século. A Carta constitutiva foi firmada em 30 de abril de 1948, na cidade de Bogotá, passando a antiga associação a denominar-se Organização dos Estados Americanos, declarando-se uma instituição regional **dentro das Nações Unidas**. Seus objetivos principais são a manutenção da paz no continente e o estreitamento das relações entre seus países. A Carta estabelece os princípios da entidade, subordinados à lei e à ética, bem como os direitos e deveres de seus membros. A solução pacífica das controvérsias entre eles, a segurança coletiva, a cooperação nos campos da economia, da ação social e da cultura também se inscrevem entre suas finalidades.

A OEA tem como órgãos a Conferência Interamericana, a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, o Conselho, a União Pan-Americana, as Conferências Especializadas e os Organismos Especializados (art. 32). É uma estrutura complexa, na

qual prevalecem as atividades coletivas, em órgãos colegiados.

A União Pan-Americana é o órgão central e permanente e a Secretaria Geral da OEA. É dirigida por um Secretário Geral, eleito por dez anos, sem reeleição, não podendo ser sucedido por pessoa da mesma nacionalidade. É o **executivo** da Organização e tem suas funções reguladas no art. 84 da Carta. Pela forma de sua estrutura, adotou a OEA um regime extremamente democrático e aberto no seu funcionamento. Os Organismos Especializados, dela dependentes, têm como fins específicos a defesa, a geografia e a história, a defesa sanitária, a proteção da infância, as comunicações, as ciências agrícolas e indianistas, com suas sedes espalhadas pela América.

Outras organizações internacionais regionais importantes e conhecidas são: a UE (União Européia, a mais importante de todas, vivendo uma fase de crise e insegurança quanto ao futuro no momento em que escrevo); a OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte); o Pacto de Varsóvia, a CEI (Comunidade dos Estados Independentes, entre onze repúblicas da ex-URSS); a Nafta (Acordo de Livre Comércio da América do Norte); a OUA (Organização da Unidade Africana); a OPEP (Organização dos Países Produtores e Exportadores de Petróleo); a OLP (Organização para a Libertação da Palestina) e o Mercosul (Mercado Comum do Sul), também vivendo uma grave crise interna.

Nascido por inspiração do antigo projeto da ALALC, o Mercosul é um bloco econômico criado pelo Tratado de Assunção, em 1991, congregando Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, com o ingresso da Venezuela e do Chile em negociações. Tem objetivos políticos, econômicos, sociais, culturais, turísticos, de pesquisa e outros. É a segunda união aduaneira do planeta, depois da UE, e mais avançada na integração regional que a Nafta. Com sua criação e apesar das sucessivas crises que tem vivido, o mercado da região teve substancial aumento, embora haja afirmações de que ele mais prejudica que ajuda a economia brasileira. É um passo importante no caminho da integração americana, em busca da futura e sonhada **pátria comum**.²³

23 **Mercosul**, publicação da Folha de S. Paulo e Clarín, 1995. Sobre o assunto, leia-se o excelente ensaio **Integração da América Latina em um mundo multipolar**, de André Franco Montoro, publicado na Revista de Informação Legislativa, editada pelo Senado Federal, Vol. 128, 1995, págs. 5/13. Sobre o significado do Memorial da América Latina,

4 O Brasil e o Direito Internacional Público

Traço permanente em nossa política internacional tem sido a solução pacífica das controvérsias. Sempre que elas ocorreram, ao longo da história, o Brasil optou pela negociação e pela arbitragem, repudiando o uso da força. Não deixa de ser uma contradição que um país assim voltado para a paz e a concórdia tenha convivido durante tantos séculos com a violência da escravidão, mantendo-a mesmo depois de condenada pela opinião pública, e tenha suportado tantas ditaduras odiosas, durante as quais os direitos humanos de sua população foram virtualmente abolidos. É um comportamento duplice, difícil de entender, em que nos exibimos no Exterior como paladinos do Direito, enquanto dentro de nossas fronteiras se cometiam contra o povo as maiores atrocidades. De qualquer forma, porém, disso resultou o fato positivo de que não carregamos na consciência coletiva o remorso da guerra injusta, ainda que jamais consigamos o perdão pelo pecado da escravidão.

Nossos historiadores e juristas acentuam sempre essa inclinação pelas soluções amigáveis das divergências. É motivo de admiração que tenhamos consolidado um território tão extenso, uno e coeso, sem o apelo à violência, fato que não escapou ao olhar dos que nos visitaram. O escritor austríaco Stefan Zweig, em livro célebre, cujo título se tornou uma espécie de apelido de nosso país, escrevia em 1938:

É um país que odeia a guerra e, ainda mais, que quase não a conhece. Há mais de um século, com exceção da Guerra do Paraguai, que foi insensatamente provocada por um ditador que perdeu a razão, o Brasil tem resolvido todas as questões de limites com seus vizinhos por meio de acordos e arbitragens internacionais.²⁴

veja-se meu artigo **A Pátria Comum**, publicado em opúsculo pela Editora Minarete (Blumenau – 1995)

24 ZWEIG, Stefan. **Brasil, País do Futuro**, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1981, pág. 17.

Mais adiante:

Nunca a paz do mundo foi ameaçada por sua política e, mesmo numa época de incertezas como a atual, não é possível imaginar que o princípio básico de sua idéia nacional, esse desejo de entendimento e de acordo, se possa jamais alterar. Esse desejo de conciliação, essa atitude humanitária, não tem sido o sentimento casual dos diferentes chefes e dirigentes do país; é o produto natural de um predicado do povo, da tolerância natural do brasileiro, a qual no curso de sua história sempre se confirmou.²⁵

Não apenas na solução dos seus problemas tem o Brasil adotado essa postura. Em toda sua existência nunca regateou apoio ao Direito Internacional, participando de atos importantes, subscrevendo tratados e documentos relevantes, servindo como árbitro em rumorosos casos internacionais e se posicionando pela paz, segurança e justiça através da palavra de seus representantes e especialistas. Nossos juristas Lafayette Rodrigues Pereira, Rui Barbosa e Clóvis Beviláqua defenderam posições avançadas em favor da extensão do Direito Internacional a todos os povos do mundo, protegendo tanto os fortes como os fracos, e a igualdade de todos os países soberanos perante a lei internacional, cabendo-lhes os mesmos direitos e obrigações. Defendeu sempre o princípio de que a vitória militar não confere ao vencedor o direito de anexar, mesmo em parte, o território do vencido (direito de conquista). A atuação de Rui Barbosa perante a 2ª Conferência Internacional da Paz, em Haia, no ano de 1907, teve repercussão mundial e suas teses provocaram intensos debates, sendo considerado “não só como delegado brasileiro, mas ainda como representante da América Latina”, para repetir as palavras do delegado americano, Brown Scott. Foi o Brasil dos poucos países latino-americanos a comparecer nesse importante conclave, onde se bateu, pela voz de Rui, pela humanização da guerra. A copiosa obra do jurista, produzida no correr de sua longa vida, está permeada de matérias relacionadas ao Direito Internacional e sua influência se faz sentir até hoje no pensamento jurídico e nos textos legislativos nacionais.²⁶

25 *Op. cit.*, pág. 18.

26 BARBOSA, Rui. **Obras**, São Paulo: Livraria Editora Iracema, 1966, 7 Vols.; MEIRA,

Tímida, porém, foi nossa participação na criação e no funcionamento da SDN. Mais expressiva tem sido na ONU e na OEA, alternando posições de independência e submissão aos Estados Unidos em questões de relevância. Durante os anos autoritários agimos quase sempre como **alinhados automáticos**, prevalecendo o lema de que **o que é bom para os EUA é bom para o Brasil**, embora tenham ocorrido algumas rebeldias. Com a redemocratização, o país assumiu perfil mais independente e aberto, apesar das contradições e paradoxos de suas atitudes, como a renitente recusa em subscrever o tratado de não-proliferação de armas nucleares. O Brasil também se mostra desinteressado em assumir a liderança latino-americana no palco internacional, para o que o caminho parece aberto e o país apto para trilhá-lo, ainda que enfrentando certa oposição da Argentina.

Com a Carta de 1988, assumiram **status** constitucional as posições defendidas pelo país no âmbito internacional. Estabeleceu o texto maior que os direitos e garantias assegurados por ele não excluem os adotados nos tratados em que o Brasil seja parte (art. 5º, par. 2º). Atribuiu aos juízes federais a competência para processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (art. 109, V). Estabeleceu que a ordenação do transporte internacional cumpra os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade (art. 178, par. 1º). Atribuiu privativamente ao Presidente da República a competência para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII). Fixou a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I). Atribuiu ao Senado Federal a competência privativa para aprovar previamente, por voto secreto, após argüição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 52, IV). Deu à União a competência para manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (art. 21 I). Estabeleceu normas sobre guerra, sua declaração, trânsito e

permanência de forças estrangeiras no território nacional (arts. 21, II e IV, 49, II, 84, XIX, 91, par. 1º, I, 137, II e 138, par. 1º.), além de outras providências necessárias, como despesas extraordinárias, empréstimos compulsórios, impostos extraordinários, pena de morte e requisições civis e militares em tempo de guerra (arts. 5º XLVII, 22, III, 148 e 154, II). Também estabeleceu a forma e condições para celebração da paz (arts. 21, 49 e 84).

Afora essas, o texto constitucional ditou normas básicas sobre diplomatas e missões diplomáticas, imigração e emigração, extradição e rogatórias, combate às drogas, litígios com Estados estrangeiros. Nacionalidade e direitos dos estrangeiros, inclusive dos portugueses, no país, limites do território nacional e suas divisas, mar territorial e plataforma submarina, segurança e mobilização nacionais, além de outros assuntos relacionados ou com possíveis repercussões na órbita internacional.

Mas é no art. 4º, entre seus **princípios fundamentais**, que o Brasil inscreveu as regras que o norteiam nas relações internacionais e que são os seguintes:

Independência nacional;

Prevalência dos direitos humanos;

Autodeterminação dos povos;

Não-intervenção;

Igualdade entre os Estados;

Defesa da paz;

Solução pacífica dos conflitos;

Repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

Concessão de asilo político.

Declara ainda que buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, par. único).

Essa preocupação em dar tratamento claro e minucioso às

questões de posicionamento internacional no texto de sua Constituição é uma tradição de nosso constitucionalismo, expressando o desejo de que tal linha de conduta não seja jamais quebrada.²⁷

Muitos brasileiros têm despontado como grandes especialistas em Direito Internacional, alguns deles de renome mundial, tanto pela sua obra jurídica como pela atividade diplomática, ou, ainda, pela influência exercida. Entre estes últimos, não pode ser esquecido **Augusto Teixeira de Freitas** (1816/1883), considerado o jurisconsulto do Império. Foi o autor da “Consolidação das Leis Civis do Brasil”, de 1858, que serviu como verdadeiro Código Civil Brasileiro até a entrada em vigor do Código Civil, em 1917. Em 1865, a pedido do Governo, apresentou seu “Esboço de Código Civil”, que vinha elaborando desde 1860, e que constitui uma de suas maiores obras. Dois anos depois apresenta um novo plano, aproveitando o “Esboço”, dividindo a matéria em dois Códigos: o **Geral** e o **Civil**. Segundo Sílvio Meira, seu categorizado biógrafo, “sua concepção pareceu por demais avançada para a época e isso constituiu pretexto para o seu abandono pelo Governo do Brasil.”²⁸

Rejeitada no Brasil, a obra de Teixeira de Freitas, após a sua morte, iniciou admirável expansão pelo mundo. Baseado no seu “Esboço”, do qual foram reproduzidos **muitíssimos artigos**, entrou em vigor o Código Civil Argentino, em 1871, provocando o surgimento de grande bibliografia. Tempos depois o Paraguai adota na íntegra o Código argentino e a obra do mestre brasileiro, indiretamente, se transforma em lei no território de nosso país vizinho. O Código Civil Uruguaio, por sua vez, também se inspirou no “Esboço”, alargando ainda mais a influência do jurista brasileiro. Em leis de outros países latino-americanos têm sido apontados

27 FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo, Editora Saraiva, 1989; JACQUES, Paulino. **A Constituição Federal Explicada**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958; JACQUES, Paulino. **A Constituição do Brasil Explicada**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1967; **Constituições do Brasil**, São Paulo, Editora Saraiva, 1959.

28 Sobre Teixeira de Freitas e sua obra, vide: MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império**. Brasília: CEGRAF, 2. ed., 1983; MEIRA, Sílvio. **O Jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas em face do Direito Universal**. Juiz de Fora, 1987; MEIRA, Sílvio. **Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano**. CEDAM-PADOVA, 1984, *estratto*; **Enciclopédia Globo**, cit., Vol. LI.

dispositivos semelhantes aos que foram redigidos por ele e, por tortuosos caminhos, a obra do jurista brasileiro repercutiu em outros países, influenciando sua doutrina e codificações. Assim teria acontecido na França, na Alemanha, na Suíça, na Rússia, na Itália, no Japão e na China. Em detalhado levantamento, Sílvio Meira mostra o sinuoso caminho seguido pelo pensamento e pela obra de Teixeira de Freitas em sua difusão.

É curioso observar como um estudioso voltado preferencialmente para o Direito Privado tenha exercido tal influência em grande parte do mundo, transformando-se no mais universal de nossos juristas. Esse fato, acreditamos, mais que justifica sua inclusão neste capítulo.²⁹

O segundo nome a ser lembrado é o de **Clóvis Beviláqua** (1859/1944), talvez o mais completo jurista brasileiro de todos os tempos. Autor do anteprojeto que se tornou o Código Civil de 1916, sua vasta e variada obra contempla cerca de 32 trabalhos sobre Direito Internacional, entre ensaios esparsos e livros, versando os mais diferentes assuntos, sem incluir os incontáveis pareceres. Entre 1906 e 1934 foi Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, período em que desenvolveu intensa atividade. Seus numerosos pareceres sobre questões da maior gravidade eram adotados e serviam de diretrizes do Governo na solução dos problemas gerados pelas sucessivas crises que o mundo viveu nessas quase três décadas. Sempre citado, no país e no Exterior, Clóvis recusava sucessivos convites para representações de caráter internacional. Convidado para integrar o Comitê de Juristas que elaborou o projeto da Corte Permanente de Justiça Internacional, ligada à SDN, esquivou-se de comparecer, embora elaborasse e remetesse seu próprio projeto, relacionado entre suas obras, e que foi muito útil na redação do texto final aprovado.³⁰

Sucessor de Clóvis como Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, **Gilberto Amado** (1887/1969) foi, escritor, jurista

29 **Geopolítica da Ascensão, Apogeu e Declínio das Grandes Potências**, Pinto Ferreira, in Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, Número 21, 1995.

30 Sobre Clóvis Beviláqua e sua obra, vide: ROMERO, Lauro. **Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956; MEIRA, Sílvio. **Clóvis Beviláqua. Sua Vida. Sua Obra**. Fortaleza: Editora da Universidade Federal do Ceará, 1990; BRITTO, Bugija. **Clóvis Beviláqua in 4** Escorços Biográficos, Rio de Janeiro, 1978; **Enciclopédia Globo, cit.**, Vol. 3.

e diplomata. Autor de uma obra admirável, destacam-se seus ensaios de “Espírito de Nosso Tempo” e “Dias e Horas de Vibração”, cujos temas mais se amoldam ao nosso assunto, onde revela arguta visão do Brasil e sua inserção no mundo. Destacou-se como delegado brasileiro às Assembléias Gerais da ONU, desde as reuniões preparatórias até a última a que pôde comparecer, em 1968, e, sobretudo, como membro da Comissão de Direito Internacional da Organização.

Sobre esta fase de sua carreira, assim escreveu Homero Senna, seu biógrafo:

Está ainda por fazer-se o levantamento da atuação de Gilberto nessa Comissão, da qual se tornou o único membro sempre reeleito, ininterruptamente. Muitas foram as formulações que apresentou, com aceitação plena, algumas das quais, pela relevância e originalidade, figuram nas publicações a respeito como “Teses Amado.” Várias vezes relator-geral e por fim o decano da Comissão, esta ainda hoje o homenageia através das “Gilberto Amado Memorial Lectures”, realizadas no final das reuniões anuais, em Genebra, e em que se manifestam seus antigos colegas das mais diversas nacionalidades, mestres ilustres do Direito, inclusive juízes da Corte de Haia.

Esse levantamento preencheria uma lacuna na biografia do grande jurista e revelaria ao Brasil uma face de Gilberto Amado que o país conhece tão mal. Senna, no entanto, não se sentiu apto a realizá-lo.

Outros nomes merecem referência pela contribuição que têm dado ao Direito Internacional Público em tempos mais recentes. Eis alguns deles:

Haroldo Valladão, pesquisador da história do Direito, em especial do Direito Brasileiro, autor de obras importantes sobre Direito Internacional, sua democratização e socialização, e pelo pioneirismo na abordagem do Direito Espacial e dos problemas de descolonização. É considerado dos mais importantes internacionalistas modernos do país.

Hildebrando Accioly, autor de um Tratado e um Manual de

Direito Internacional Público, com várias edições, este último extremamente conhecido nos meios universitários pelo seu didatismo. São obras sistemáticas e abrangentes, de leitura indispensável. Organizou, comentou e publicou os atos internacionais vigentes no Brasil, analisou as causas históricas do Pan-Americanismo e publicou outras obras, inclusive em inglês.

Pinto Ferreira. Autor de vasta obra, com mais de 200 títulos, sobre vários ramos do Direito, outras ciências sociais e literatura. Sua obra “Sociologia” aborda o Direito Internacional Público de forma concisa no capítulo dedicado à Sociologia Jurídica. Também merece lembrança sua contribuição mais recente ao estudo da **geopolítica**.

Entre os autores das últimas gerações, citam-se **Celso D. de Albuquerque Mello, Orlando Soares, Antonio Augusto Cançado Trindade, José Francisco Rezek, Oscar Tenório, Luís Ivani de Amorim Araújo, Gerson de Brito Mello Boson, Raul Pederneiras, Geraldo Eulálio do Nascimento Silva, Mário Pessoa, Carlos Roberto Husek, Agenor Pereira Andrade** e outros, inclusive muitos especializados em campos específicos deste ramo do Direito.

Lembrem-se ainda os catarinenses **João Silveira de Souza** (1824/1906), que deve figurar entre os precursores brasileiros do Direito Internacional Público, uma vez que já em 1878, 1882 e 1889 publicava livros abordando temas do Direito das Gentes, **Renato Barbosa**, professor por longos anos da disciplina em nossa primeira Faculdade de Direito, autor do livro “Alguns Aspectos da Evolução Diplomática”, e **Haroldo Pabst**, dedicado estudioso dos temas ligados ao Mercosul.

5 Referências

Geral:

Atlas de História do Mundo. São Paulo: Folha de S. Paulo/The Times, 1. ed. Brasileira, 1995.

ATHANÁZIO, Enéas. **Edificando Nossa Pátria Comum.** Blumenau: Editora Mina-rete, 1995.

_____. **Falando de Gilberto Amado.** Blumenau: Fundação Casa Dr. Blumenau, 1985.

- BARBOSA, Rui. **Obras**. S. Paulo, Livraria Editora Iracema, 1965, 7 Vols. (seleta).
- BRITTO, Bugija. **Clóvis Beviláqua**, in 4 Escorços Biográficos, Rio de Janeiro, 1978.
- BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. Porto Alegre: Editora Globo, 1978, 2 Vols.
- CARCOPINO, Jérôme. **Roma no Apogeu do Império**. São Paulo: Cia. das Letras/Círculo do Livro, s/d, tradução de Hildegard Feist.
- DURANT, Will e Ariel. **História da Civilização**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1956, 11 Vols.
- Enciclopédia Brasileira Globo**. P. Alegre, 12. ed., 1971, 12 Vols.
- Enciclopédia Compacta de Conhecimentos Gerais**. Istoé/Guinness, S. Paulo, Editora Três, 1995.
- Enciclopédia de Literatura Brasileira**. Afrânio Coutinho e J. Galante de Sousa, Rio de Janeiro, Ministério da Educação, 1990, 2 Vols.
- FAIRCHILD, Henry Pratt – **Dicionário de Sociologia**. Mexico/B. Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949.
- FERREIRA, Pinto. **Sociologia**. Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1955, 2 Vols.
- GUERRAS, Maria Sonsoles. **Os Povos Bárbaros**. São Paulo: Editora Ática, 1987.
- KANT, Emmanuel. **A Paz Perpétua**. Rio de Janeiro, Editora Vecchi, 1944, tradução de Galvão de Queiroz.
- MEIRA, Sílvio. **Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano**, CEDAMPADOVA, 1984 (extratto).
- _____. **Curso de Direito Romano – História e Fontes**. São Paulo: Editora Saraiva, 1975.
- _____. **O Jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas em face do Direito Universal**. Juiz de Fora, 1987.
- _____. **Rui Barbosa na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1994.
- _____. **Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império**. Brasília, CEGRAF, 2ª ed., 1983.
- _____. **Clóvis Beviláqua. Sua Vida. Sua Obra**. Fortaleza, Editora da Universidade Federal do Ceará, 1990.
- MENDES, Norma Musco. **Roma Republicana**. São Paulo: Editora Ática, 1988.
- MERCOSUL**. São Paulo: Publicação Folha de S. Paulo/Clarín, 1995.
- MONTANELLI, Indro. **História de Roma**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1969,

tradução de Sandra Lazzarini.

POMBO, Rocha – **História do Brasil**. S. Paulo, Edições Melhoramentos, 7. ed., 1956.

PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução Política do Brasil e Outros Estudos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 4. ed., 1963.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro – A Formação e o Sentido do Brasil**. S. Paulo, Cia. das Letras, 1995.

ROMÉRO, Lauro. **Clóvis Beviláqua**. Rio de Janeiro, José Olympio, 1956.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Minhas Memórias de Gilberto Amado**. Brasília: Edição do Autor, 1975.

SENNA, Homero (Org.). **Perfil Parlamentar de Gilberto Amado**. Brasília: Edição da Câmara dos Deputados, 1979.

SENNA, Homero. **Gilberto Amado e o Brasil, Rio de Janeiro**. José Olympio, 2. ed., 1969.

WELLS, H. G. **História Universal**. São Paulo: EDIGRAF, 9. ed., 1972, 7 Vols.

ZWEIG, Stefan. **Brasil, País do Futuro**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1981.

Jurídica:

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 3. ed., 1956.

_____. **Tratado de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro, DIN, 1933/1935, 3 Vols. 2. ed. em 1956.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 6. ed., 1990.

BARBOSA, Renato. **Alguns Aspectos da Evolução Diplomática**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1984.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1956, 6 Vols.

BERTRAND, Maurice. **ONU**. Petrópolis: Editora Vozes, 1995, tradução de Guilherme Teixeira.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

_____. **Geopolítica da Ascensão, Apogeu e Declínio das Grandes Potências**, in Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, Vol. 21, 1995.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: LTr

Editora, 4. ed., 2002.

JACQUES, Paulino. **A Constituição do Brasil Explicada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

_____. **A Constituição Federal Explicada**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1958.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 6. ed., 1975.

MONSSERRAT Filho, José. **O que é Direito Internacional**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 6. ed., 1991.

PABST, Haroldo. **Mercosul – Direito à Integração**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. **História da Ordem Internacional**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1976.

REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 4. ed., 1975.

VALLADÃO, Haroldo. **História do Direito, Especialmente do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 3. ed., 1977.

Legislação:

Carta das Nações Unidas, Estatuto da Corte Internacional de Justiça, Carta da Organização dos Estados Americanos (publicações oficiais).

Constituições do Brasil (Org. Fernando H. Mendes de Almeida). São Paulo: Editora Saraiva, até 1954.

Código Civil e Legislação Complementar. São Paulo: Editora Saraiva (várias edições).

Constituição Federal (Com as emendas e alterações interpoladas no texto). São Paulo, 1980.

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: CEGRAF, 1988.

Novo Código Civil. Brasília: CEGRAF, 2002.

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO: UM ESTUDO DE CASO NO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA

Isabel Cristina Silveira de Sá
*Administradora, Especialista em Desenvolvimento Gerencial
Gerente de Informações e Projetos do MPSC*

Resumo: Este artigo tem como objetivo principal apresentar e analisar as etapas e os resultados alcançados nos dois processos de planejamento estratégico realizados no Ministério Público em 1999 e 2004. Trata-se de uma pesquisa descritiva, documental e um estudo de caso baseado na abordagem qualitativa. A estrutura do artigo apresenta primeiramente a parte teórica, que contempla os principais conceitos e uma visão geral relacionados ao planejamento estratégico. Na seqüência descreve as principais etapas desenvolvidas nos dois processos de planejamento, bem como seus resultados. No primeiro processo, a principal estratégia foi a adoção da gestão por programas, tendo como objetivo coordenar a atuação institucional nas diversas áreas. Já no segundo processo o foco foi nos resultados, através da construção do mapa estratégico do Ministério Público e de uma melhor estruturação das ações estratégicas, aonde foi possível identificar o crescimento considerável dos programas institucionais. Ambos os resultados mostraram que o caminho para o aumento do desempenho organizacional parte quase que necessariamente de um processo de transformação, da coragem para quebrar velhos paradigmas e da aprendizagem organizacional adquirida ao longo de sua existência, qualificando-a para um cenário pró-ativo, inovador e criativo.

1 Introdução

O planejamento tornou-se, nas últimas décadas, condição necessária para a existência e sobrevivência das organizações. As constantes mudanças que caracterizam o mundo contemporâneo, tais como tecnológica, econômica, social e cultural, colocam em alerta as organizações, pois os desafios e riscos passam a existir com maior frequência, exigindo que as organizações se adaptem às condições impostas por essas mudanças.

Diante disso, o planejamento surge com a função de diminuir os riscos e aumentar as oportunidades. Através dele a organização consegue gerar planos baseados em estratégias, diretrizes, táticas ou ações, permitindo que a organização determine seus objetivos e atinja suas metas com maior eficiência. Rever e reformular constantemente as estratégias e ações é imprescindível para que a organização tenha flexibilidade frente as exigências desta realidade.

Termos como planejamento, qualidade, estratégia, excelência no atendimento saíram dos livros de administração e passaram a fazer parte do cotidiano das organizações.

Planejar o futuro, saber aonde ir, definir o seu negócio, cultivar valores éticos e melhorar constantemente o nível de prestação de serviços representam um imperativo para as organizações de sucesso.

Dessa forma, o planejamento estratégico é visto como uma importante ferramenta de gestão empresarial, amplamente utilizada pelas organizações.

O processo de planejamento estratégico busca dar um senso de direção à organização, identificando o meio ambiente (oportunidades e ameaças), a empresa (pontos fortes e fracos) e os resultados (objetivos, estratégias e ações).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina – MP/SC, ciente da demanda social por instituições mais eficientes e eficazes e da necessidade de adequar-se aos novos tempos, através de tecnologias e instrumentos capazes de promover as mudanças necessárias, decidiu implantar o processo de planejamento estratégico na instituição.

Diante do exposto, justifica-se a escolha do tema deste artigo pelo fato de se ter claro que o planejamento estratégico no MP/SC foi a melhor forma encontrada para a organização definir sua missão, suas metas e seus objetivos, de maneira a atender os anseios da sociedade.

2 O Planejamento

O processo de planejamento é uma atividade própria do ser humano, pois este sempre está planejando o seu futuro com o propósito de alcançar os seus objetivos.

No âmbito organizacional o planejamento se mostra presente para orientar, dirigir e controlar os recursos necessários da organização, com a finalidade de estabelecer metas que facilitarão a tomada de decisão no futuro, de modo mais coerente, eficiente e eficaz. E para que haja uma administração efetiva o primeiro passo a ser tomado em todo o processo é o planejamento.

Segundo Giegold (1981, p. 35), “o planejamento é o processo pelo qual tentamos aumentar a probabilidade dos resultados futuros desejados, além e acima da probabilidade de que isso aconteça por acaso”. E nesse sentido é importante ressaltar que cada tipo de organização apresenta um conjunto de circunstâncias, meios, possibilidades e limitações específicas para estabelecer o seu planejamento.

Faria (1996, p. 73) considera “o planejamento como um processo que implica na formulação de um conjunto de decisões sobre as ações futuras”, e que tal processo seja realizado de modo racional na busca de maior eficiência e controle das atividades realizadas, sendo necessário a consideração dos aspectos básicos e essenciais de qualquer planejamento quanto à formulação do conjunto das decisões a serem tomadas, seja em qual for o tipo de organização.

Tais decisões e seu conjunto estão diretamente ligados não somente aos recursos disponibilizados pela e/ou para a organização, mas, também, à natureza das diretrizes e planos impostos (Faria, 1996).

Já Oliveira (2003, p. 35) destaca a importância do planejamento enquanto processo contínuo, uma vez que a organização prescinde de

processo decisório permanente e em um contexto ambiental, não só interdependente, mas também mutável. Portanto, tal processo deve estar composto de várias etapas que envolvam “o que fazer, como, quando, quanto, para quem, por que, por quem e onde”.

Tavares (1991) amplia o conceito de planejamento, apontando para a necessidade de alocação de recursos humanos, materiais e financeiros, no sentido de buscar em tais ações futuras os objetivos almejados pela organização. Nessa linha, Oliveira (2003, p. 37-38) considera que é certo que um processo de planejamento, qualquer que seja a natureza da organização, provoca modificações tanto nas pessoas envolvidas, como na tecnologia, bem como no sistema de responsabilidades estabelecidas.

Isto é explicado pela necessidade de capacitação e realocação de pessoas de acordo com as atividades a serem realizadas, pelos novos modos de desenvolver o trabalho em função do redimensionamento de ações e programas propostos através do planejamento.

Em relação ao planejamento nas organizações sem fins lucrativos ou voltadas a interesses não-empresariais – ou sociais –, é imprescindível que o ponto de partida do planejamento seja a missão da organização. Conforme Drucker (1994) é a partir da missão que se pode definir o conjunto de ações futuras e viabilizar seus resultados, independentemente do tipo de organização.

Hudson (1999) e Oliveira (2003) enfatizam que as organizações que não visam lucro ou projeção do fluxo de caixa, e sim o benefício da sociedade, apresentam diferentes desafios em seu planejamento, tais como a definição das ações futuras que visem a eficácia e a eficiência no uso dos recursos disponíveis para otimizar seus objetivos. Reitera Oliveira (2003) que a efetividade de tais ações dependem da capacidade da organização em manter uma coordenação constante, no tempo, esforços e energias voltados aos resultados globais, principalmente aquelas organizações que dependem de dotações orçamentárias para a realização dos seus programas. Diferentemente, segundo Drucker (2002), daquelas que visam lucros, as quais têm as suas metas focadas no resultado econômico.

Em relação aos princípios específicos concernentes ao processo

de planejamento no ambiente organizacional, Ackoff (*apud* Oliveira, 2003 p. 40) aponta os quatro considerados necessários à tomada de decisão, especificamente voltados ao planejamento.

Quadro 1 – Princípios Específicos do Planejamento

Princípio	Fundamento
Planejamento Participativo	O responsável facilita o processo de elaboração do planejamento para/na a organização, que deve ser realizado com as pessoas das áreas pertinentes a este processo.
Planejamento Coordenado	Os aspectos do planejamento devem estar contidos em todos os setores envolvidos para que haja interdependência em sua projeção.
Planejamento Integrado	A integração entre os planos estratégicos e operacionais que inclua os diferentes escalões e demais pessoas envolvidas.
Planejamento Permanente	Manter o processo contínuo no tempo face às mudanças ambientais

Fonte: adaptado de Ackoff (*apud* Oliveira, 2003 p. 40)

Conforme se pode abstrair do Quadro 1, os princípios específicos do processo de planejamento apontam como fundamento a necessidade de integração tanto das pessoas envolvidas no processo, como dos elementos básicos que permeiam todo o planejamento, bem como dos diferentes níveis hierárquicos, posto que esse processo só atinge sua eficácia se houver interdependência entre o planejamento global e os planos estratégicos e operacionais, ao longo do tempo.

Observa-se, igualmente, em relação ao Quadro 1, que os princípios apontados pelo autor possibilitam ao processo decisório uma base mais sólida no que diz respeito ao tipo de planejamento a ser adotado, em conformidade com as fases de sua implementação.

Oliveira (2003, p. 45) distingue três tipos de planejamento que devem ser considerados pela organização na definição de progra-

mas e/ou ações futuras. Estes se posicionam em diferentes níveis hierárquicos, podendo-se classificá-los como estratégico, tático e operacional. (Figura 1)

Tipos de Planejamento

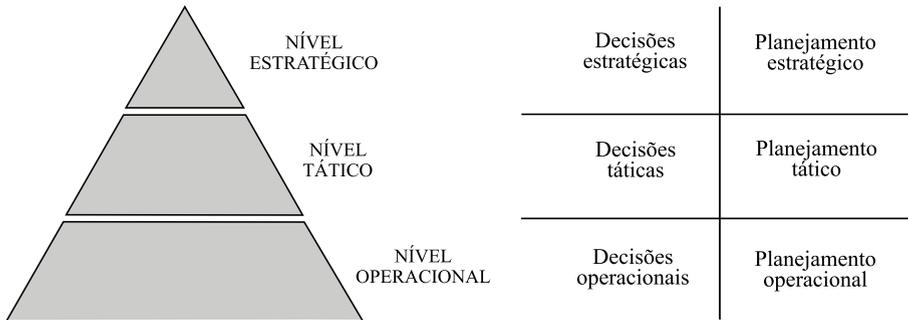


Figura 1 – Níveis de decisão Tipos de planejamento

Fonte: Oliveira (2003, p. 45)

O planejamento do tipo estratégico corresponde a um processo gerencial, e ao mesmo tempo administrativo, que envolve o exame das questões principais da organização e do ambiente que a cerca, numa perspectiva temporal, de longo prazo, cuja responsabilidade de elaboração se faz nos níveis hierárquicos mais elevados.

No planejamento tático o propósito é o exame de áreas específicas da organização, visando no médio e no curto prazo, resultados voltados a divisões, setores e funções. Pressupõe revisões periódicas para a eficácia do resultado pretendido no planejamento estratégico. Envolve, pois, os princípios do planejamento coordenado e/ou participativo pois possui interdependência dos setores envolvidos.

A diferença básica entre o planejamento tático e o estratégico está no nível hierárquico de tomada de decisões e na dimensão temporal, haja vista que os objetivos de médio prazo, e os meios para atingi-los, visam horizontes parciais para o alcance de objetivos de

longo prazo. Além disso, enquanto o planejamento está relacionado as atividades meio e fim, o tático relaciona-se apenas às meio (Oliveira, 2003 p. 50-51).

É importante destacar que os efeitos positivos ou negativos das forças do ambiente (externo ou interno), podem ser um elemento temporal favorável no que concerne ao planejamento tático e sua influência na tomada de decisão no âmbito do planejamento estratégico. Portanto, relevante se faz a adoção do princípio do planejamento integrado apontado por Ackoff (*apud* Oliveira, 2003 p. 40).

O planejamento operacional pressupõe um período mais curto que o planejamento tático, podendo ser mensal, semanal ou mesmo diário. Caracteriza-se pela formalização através de documentos escritos do plano de ação estabelecido, tendo como resultados cronogramas, produção e atividades específicas. E nesse aspecto, o princípio do planejamento permanente é fundamental no acompanhamento temporal e contínuo dos resultados parciais com vistas ao planejamento global.

Oliveira (2003, p. 52) afirma que os três tipos de planejamento apresentados são interativos e devem estar em contínua operação, uma vez que a separação entre os mesmos poderia ser ineficaz para o planejamento institucional.

Nesse contexto é importante ressaltar que planejamento estratégico visa a organização como um todo, pois norteia todas as atividades do planejamento nos níveis hierárquicos. Já o planejamento tático e operacional se preocupam em otimizar áreas específicas da organização. Eles são importantes para a operacionalização do planejamento estratégico, pois traduzem os objetivos de longo prazo em metas de curto e médio prazo. A utilização do planejamento estratégico tem como vantagem uma maior sinergia entre as diferentes áreas envolvidas neste processo. Tema este que será abordado a seguir por ser o objeto de estudo neste trabalho.

3 O Planejamento Estratégico

Desde que o homem se pôs a caçar, pescar ou lutar, em sua

condição nômade ou sedentária, na busca de sua sobrevivência, a estratégia sempre esteve presente como um plano antecipado visando mostrar um caminho, uma maneira ou uma ação para ser bem sucedido.

Etimologicamente o termo estratégia provém do grego *stratego*, que significa literalmente a arte da liderança. Era empregada pelos militares que montavam táticas para alcançarem as suas vitórias contra seus inimigos. Assim, a elaboração dos planos de guerra passou a ser chamada de estratégia. E, no decorrer dos anos, também passou a ter uso comum no campo da administração, sendo utilizada para auxiliar a organização a atingir os resultados desejados no futuro.

Motta (1995, p. 80) afirma que “a transposição do conceito de estratégia do sentido militar para a administração serviu para qualificar a amplitude da perspectiva, em escopo e tempo, que se fazia necessária a um mundo de mudanças crescentes”.

Em termos conceituais a estratégia é vista sobre diferentes óticas, porém percebe-se que todos os conceitos estão associados a objetivos, metas, diretrizes e planos, traçados de forma a mostrar em que situação a organização se encontra, que tipo de organização ela é ou deseja ser.

Dentre as diversas definições do termo estratégia Mintzberg (2000) destaca e agrupa alguns conceitos apresentados na literatura, apontando a estratégia como planejamento, modelo, posicionamento, perspectiva ou mesmo armadilha.

No processo de planejamento, a estratégia é vista como sentido, direção, modo de ação; como modelo, padrão de coerência ao longo do tempo; como posicionamento, a estratégia é o foco para determinados produtos em determinados mercados; já como perspectiva serve de meio para a execução das tarefas; e como armadilha a estratégia volta-se ao concorrente.

Para Silveira (1999, p. 31) “a estratégia corresponde à capacidade de se trabalhar contínua e sistematicamente o ajustamento da organização às condições ambientais em mutação, tendo em mente a visão do futuro e a perpetuidade organizacional”.

Oliveira (2003) complementa, ressaltando que os processos de definição, implantação e acompanhamento das estratégias ocorrem em um ambiente dinâmico e em constantes mudanças, por isso devem estar inseridas em um fluxo decisório ao invés de serem consideradas em plano fixo e determinado.

Nesse sentido Mintzberg (2000) aponta para a diferença entre estratégias planejadas – que podem ou não acontecer – e estratégias emergentes – que resultam da dinâmica organizacional – podendo estar representadas por padrões de comportamento ainda não externalizados, ou seja, uma estratégia pode ter evoluído de um processo estruturado; como também, pode ter evoluído de maneira menos estruturada, característica de uma estratégia não pretendida originalmente.

A construção da estratégia no âmbito organizacional pode ser feita de vários modos. Além da análise sistemática e lógica do ambiente da organização, Hudson (1999) aponta o processo incremental e o político. No incremental, a estratégia subordina-se a existência de novas idéias, alterando-se passo a passo, por meio da experimentação. Já no político esta resulta da negociação entre as pessoas cujos interesses, dentro da organização, são competitivos e, portanto, refletem em maior proporção o poder em detrimento dos dados técnicos do planejamento.

Como processo de desenvolvimento da estratégia, o planejamento estratégico se faz necessário em razão de ser um processo formalizado, que identifica, a partir da análise dos ambientes interno e externo da organização, seus objetivos e metas, bem como possibilita a organização mensurar o seu desempenho na intenção de alcançar o objetivo final proposto.

Para Tavares (1991) o planejamento estratégico enquanto um processo visa não somente o estabelecimento de estratégias voltadas ao aproveitamento das oportunidades do ambiente, mas, a neutralização das ameaças nele contidos, mediante a eliminação dos pontos fracos da organização, utilizando-se dos seus pontos fortes. Desse modo, propõe a via necessária para a consecução de sua missão.

Assim, o planejamento estratégico pode se constituir numa ferramenta de gestão, ao permitir a análise da organização através do

estabelecimento da sua missão e do levantamento das potencialidades e fraquezas dos diversos programas, ações e atividades da organização.

O planejamento estratégico compreende vários conceitos e práticas que envolvem o conhecimento que a organização precisa ter de si mesma, associadas com as mudanças ambientais, haja vista sua complexidade e o contexto sócio, político e econômico no qual a organização está inserida. Para Fischmann (1991, p. 25):

Planejamento estratégico é uma técnica administrativa que, através da análise do ambiente de uma organização, cria a consciência das suas oportunidades e ameaças dos seus pontos fracos para o cumprimento da sua missão e, através desta consciência, estabelece o propósito de direção que a organização deverá seguir para aproveitar as oportunidades e evitar os riscos.

Observa-se, ainda, que o autor considera a missão da organização como norteadora da análise ambiental, que se faz necessária na execução do planejamento estratégico, e, assim, se confronta com os riscos presentes no ambiente, seja como uma ameaça no alcance dos objetivos, ou uma fraqueza interna que impeça suas ações futuras.

Drucker (2002) enfatiza que toda organização existe para cumprir determinada missão, que abrange uma função social específica e destaca que no caso das entidades não-empresariais o aspecto econômico é um ponto fraco, uma vez que o orçamento limita as entidades e seus dirigentes quanto ao alcance de seus objetivos e, nesse sentido, a missão está diretamente associada ao gerenciamento estratégico de suas ações.

De acordo com Gracioso (1990) o raciocínio estratégico deve se fazer presente em todos os níveis decisórios da empresa, principalmente no sentido de conciliar, no âmbito de análise do ambiente externo, a realidade que se apresenta e os recursos disponibilizados pela organização. Para o autor há, portanto, como condição essencial para o êxito do planejamento estratégico, a consideração da visão e/ou missão da organização.

Para Tavares (1991) o planejamento estratégico compreende

diversas funções. A principal delas está na interação entre a organização e seu meio ambiente, no sentido de viabilizar o desenvolvimento do modelo organizacional adequado as demandas externas. Além disso, serve também para dar coerência ao processo de tomada de decisões, face aos objetivos e linhas de ação mais conformes a alocação dos recursos disponíveis, possibilitando mecanismos de avaliação voltados principalmente à eficácia organizacional.

Alguns conceitos são relevantes para o desenvolvimento do processo de planejamento estratégico. Quais são estes conceitos: análise externa; análise interna; negócio; missão; visão; valores; desafios; mapa estratégico; estratégias; programas e projetos estratégicos; e plano estratégico.

A análise do ambiente é um processo permanente de verificação das forças que influenciam a organização, tanto daquelas positivas, quanto das negativas.

No que se refere ao ambiente externo, o propósito é a identificação das oportunidades e das ameaças à organização. Segundo Oliveira (2003) a análise do ambiente externo pode ser feita sob diferentes óticas, quais sejam, pela análise de variáveis e seus componentes; pela análise de cenários, voltados a aspectos que contenham alternativas futuras e suposições voltadas a fatores relevantes, associados às incertezas ambientais; e pela análise de mercado e análise competitiva, relacionadas especificamente ao mercado e aos concorrentes. Independentemente da abordagem adotada para análise, há que se considerar os itens a serem estudados neste ambiente: ameaças e oportunidades.

Para Lobato (2003, p. 56), “ameaças são as situações ou acontecimentos externos à organização que podem prejudicar o exercício de sua missão e a concretização de sua visão”. Deste modo, as ameaças podem afetar de forma negativa o desempenho da organização, criando obstáculos para as suas ações estratégicas, mas ao mesmo tempo em que é uma força ambiental incontrolável algumas ameaças podem ser evitadas, para isso, a organização necessita acompanhar as tendências do mercado.

As oportunidades são situações externas, que podem atingir a organização de forma positiva. Oliveira (2003) define oportunidades

como forças ambientais incontroláveis pela organização, que podem favorecer a sua ação estratégica, desde que conhecidas e utilizadas de maneira adequada.

Quanto ao ambiente interno, sua análise visa identificar os pontos fortes e fracos da organização, as quais representam variáveis controláveis em relação ao ambiente.

Para Thompson (2000, p. 125) “um ponto forte é algo que a empresa faz bem ou uma característica que lhe proporciona uma capacidade importante”, ou seja é a diferenciação conseguida pela organização que lhe proporciona uma vantagem frente ao seu ambiente. Já o ponto fraco apresenta características que tornam a sobrevivência da organização vulnerável devido às ameaças do meio em que se encontra.

Ao estabelecer a visão, deve-se sempre ter em mente o que se deseja para a organização no futuro, deste modo, a visão é uma imagem do futuro que se almeja, descrita como se estivesse acontecendo no presente. Determina uma direção para a organização e influencia as ações tomadas. Para que seja efetivamente uma visão compartilhada, terá que surgir da reflexão de um grupo variado de pessoas sobre o futuro da organização, ou seja, definir a visão é descrever os ideais e sonhos das pessoas que compõem a organização para o futuro da mesma.

É relevante definir também o negócio e os valores da organização. Para Silveira (1999) o negócio abrange as diferentes áreas, bem como produtos e/ou serviços, atuais e potenciais, que a mesma pode oferecer. Quanto aos valores imanentes na organização, são importantes no processo de tomada de decisão e na definição de uma cultura estratégica, na medida em que se pode destacar tanto valores morais como éticos, que permeiam desde a definição do planejamento estratégico até o processo de implementação, controle e avaliação. Diante disso, os valores são melhores definidos em termos de comportamento com os clientes, a concorrência, a comunidade, o meio-ambiente e mesmo no ambiente de trabalho. Uma vez definido um perfil de comportamento aceito e praticado por todos, será mais fácil a inter-relação com os companheiros de trabalho e mais coerente a imagem da organização no mundo exterior.

Outro aspecto fundamental no processo de planejamento estratégico é o estabelecimento da missão. Esta deve mostrar qual a forma de atuação da organização e sua direção, sintetizando seus principais valores, ou seja, a missão descreve em linhas gerais onde a organização vai atuar e qual seu foco principal. Por isso, é muito importante que a missão seja descrita com muita clareza e objetividade, de modo que todos da organização a entendam.

Para Oliveira (2003, p. 76):

A missão é a determinação do motivo central do planejamento estratégico, ou seja, a determinação de onde “a empresa quer ir”. Corresponde a um horizonte dentro do qual a empresa atua ou poderá atuar. Portanto, a missão representa a razão de ser da empresa.

De acordo do Tavares (1991, p.73) a missão “consiste em refletir sobre o motivo da existência da organização, que tipo de benefício ela pode dar e o grau de sua adequação face às oportunidades e pressões externas”.

Embora seja o motivo central do planejamento estratégico, é relevante destacar que a missão precisa ter certa flexibilidade, haja vista a necessidade de acompanhar as mudanças ambientais. Entretanto, uma vez observadas estas mudanças, é aconselhável adequar a missão, de modo que a organização não fuja do seu objetivo principal, ou seja, não perca de vista sua razão de ser central.

Os desafios também são estabelecidos pela organização no processo de elaboração do planejamento estratégico, pois são questões críticas de alta relevância ou grandes problemas que afetam ou que poderão vir a afetar a plena realização da missão e a concretização da visão estratégica.

A construção do mapa estratégico tem um significado relevante no processo de planejamento, pois apresenta os caminhos que a organização deve perseguir para atingir sua visão estratégica. Demonstam, de forma sistemática, todos os objetivos de natureza estratégica, financeiros e não-financeiros, classificados por perspectiva e seguindo o princípio de causa e efeito, bem como serve

de base para a estruturação e implementação do *Balanced Scorecard*¹. Para Kaplan e Norton (2000, p. 83), “Os mapas estratégicos ajudam as organizações a ver suas estratégias de maneira coesiva, integrada e sistemática”.

Segundo Oliveira (2003), uma vez definidos os objetivos, desafios, estratégias e políticas da organização o próximo passo para a elaboração e desenvolvimento do planejamento estratégico é a estruturação dos projetos. Para o autor o projeto pode ser uma atividade com datas de início e fim já definidas, com coordenador responsável, resultados finais preestabelecidos e recursos necessários já previstos para o seu desenvolvimento.

Todos os conceitos apresentados anteriormente constituem a base para a formulação do plano estratégico o qual, para Thompson (2000, p.33), “é uma declaração que delinea a missão de uma organização e seu rumo futuro, suas metas de desempenho de curto prazo e de longo prazo e sua estratégia”, sendo, assim, um documento que formaliza todas as definições estabelecidas no processo de planejamento estratégico, antecedendo a estruturação de programas estratégicos.

A seguir será apresentada a análise e discussão dos dados acerca do estudo de caso no Ministério Público relativo à implantação do planejamento estratégico.

4 Análise e discussão dos dados

4.1 O Ministério Público

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 127, define o Ministério Público como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

1 O *Balanced Scorecard* é um Sistema de Gestão Estratégica útil para mensurar indicadores financeiros e não-financeiros de forma balanceada, que pode ser representado graficamente em mapas estratégicos (Kaplan e Norton, 2000, p.117)

Cabe ao Ministério Público exigir dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública a observância aos direitos elencados na Constituição e em normas infraconstitucionais, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. O Ministério Público, pois, é a instituição que a nossa Constituição atribui a defesa da sociedade, conferindo-lhe a legitimidade necessária para intervir na vida social em defesa dos direitos fundamentais explícitos e implícitos.

Para atingir tal desiderato, a própria Constituição e as normas que a regulamentam armam o Ministério Público de uma gama de instrumentos dos quais podem os Promotores e Procuradores de Justiça lançar mão, tais como a Ação Civil Pública, a Ação Penal Pública e o Inquérito Civil - estes com exclusividade -, sem esquecer da via mais ampla e democrática que será sempre a da educação e do contato com a sociedade na qual está inserido e para a qual foi cometido de tão graves atribuições.

Em conformidade com o art. 129 da Constituição Federal, são atribuições suas, afora outras contempladas na legislação ordinária:

a) a promoção das ações penais públicas para efeito de punição de delinqüentes;

b) a promoção do inquérito civil e das ações civis públicas para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

c) a promoção das ações declaratórias de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos colidentes com a Constituição Federal ou Estadual;

d) a promoção das medidas aptas a garantir, por parte dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, o respeito efetivo aos direitos assegurados pela Constituição Federal;

e) o exercício do controle externo da atividade policial.

Para fazer-se viável o exercício dessa função pública, a Constituição Federal, além da independência funcional e da autonomia administrativa e orçamentária (CF, 127, § § 1, 2 e 3), conferiu ao Ministério Público poderes para expedir notificações

e requisitar documentos, informações, diligências investigatórias e, fundamentalmente, a instauração de inquéritos policiais (CF, 129, VI e VIII). No contexto do Estado Democrático de Direito consagrado pela Carta Política de 1988, tão significativo é o seu papel, que o constituinte erigiu à categoria de crime político os atos ou procedimentos do Presidente da República atentatórios ao livre e regular exercício das funções confiadas ao Ministério Público (CF, 85, II).

Por força da sua legitimação constitucional e, sobretudo, por ser uma das poucas instituições nacionais cuja credibilidade não foi atingida pela recente varredura ética que se operou no País, o Ministério Público é um ente para o seio do qual estão sendo canalizados, em largas proporções, anseios, esperanças e angústias de grandes e significativas parcelas da população. Tal fenômeno é visível em dimensões ainda maiores, estimulado pelo incremento crescente da cidadania, em contraponto com a incapacidade gerencial do Poder Público de reverter os gravames da exclusão social.

Diante desse quadro, o Ministério Público precisa ser olhado com singular atenção. Se, se fez depositário natural das esperanças da população; e se o legislador, a começar pelo legislador constitucional, conferiu-lhe legitimidade e instrumentos legais para agenciar eficientemente os interesses coletivos, é preciso agora que o Estado – até por uma questão de ética política e de racionalidade administrativa – lhe garanta os meios aptos ao cumprimento pleno e regular da sua missão.

O Ministério Público desenvolve as suas funções institucionais por meio da Procuradoria-Geral de Justiça, do Colégio de Procuradores de Justiça, do Conselho Superior do Ministério Público, da Corregedoria-Geral do Ministério Público, das Procuradorias de Justiça, da Coordenadoria de Recursos, das Promotorias de Justiça e dos Órgãos Auxiliares.

Em 2005 foi criada a Comissão de Planejamento Institucional, formada por servidores e membros do MP/SC, que assessoram o Procurador-Geral em assuntos estratégicos, em especial naqueles que envolvem um maior investimento ou mudança organizacional.

Tem como função permanente elaborar anualmente o projeto do Plano Geral de Atuação, que sintetiza as políticas e prioridades institucionais para o exercício seguinte.

2.2 O Planejamento estratégico no Ministério Público

O primeiro processo de planejamento estratégico do Ministério Público foi realizado em agosto de 1999, através de um *workshop*. O processo foi coordenado pelo Departamento de Informatização e Planejamento (atual Coordenadoria de Planejamento e Estratégias Organizacionais) e acompanhado por meio de consultoria externa, em que se analisou o ambiente interno (pontos fortes e fracos) e externo (ameaças e oportunidades) da instituição, determinou a visão, os valores, a missão, e as diretrizes estratégicas (Quadro 2). Uma das principais estratégias resultantes do planejamento estratégico foi a adoção da gestão por programas, que foram estruturados em planos de ação específicos, com a descrição detalhada de cada ação, atribuição de responsabilidades, cronogramas de execução e recursos envolvidos.

O segundo processo de planejamento estratégico foi iniciado em fevereiro de 2004, também a partir de um *workshop*, e teve a participação dos procuradores, promotores e lideranças formais e informais ligadas a administração superior da instituição, com o propósito de rever os conceitos anteriormente aplicados no planejamento de 1999 e, adicionalmente, delinear novas estratégias a partir da análise dos programas em curso.

Para esse planejamento, igualmente acompanhado por consultoria externa, foi definido o negócio, os valores, a missão e a visão estratégica do MP/SC (Quadro 2). Foram, também, identificadas as tendências macro-ambientais, seus impactos, as oportunidades e ameaças, bem como seus pontos fortes e fracos.

Quadro 2 – Definições Básicas do Planejamento Estratégico de 1999 e 2004

Definições	1999	2004
Visão	Ser uma instituição que sirva de referencial pelos padrões de eficiência e regularidade na geração de resultados úteis à sociedade e na garantia dos direitos do cidadão	Ser uma instituição que sirva de referencial pelos padrões de eficiência e regularidade na geração de resultados úteis à sociedade e na garantia dos direitos do cidadão
Missão	Garantir a eficácia das leis, defender o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis, promover os valores éticos e estimular os agentes sociais ao pleno exercício da cidadania	Promover a defesa dos direitos da população, visando à redução dos conflitos e à construção da paz social
Valores	Independência, Ética, Legalidade, Utilidade, Moralidade, Integração e Transparência	Independência, Legalidade, Moralidade, Ética, Transparência, Integração, Harmonia, Justiça, Efetividade, Solidariedade e Confiança
Objetivos	<ol style="list-style-type: none"> 1. Valorizar os Recursos Humanos 2. Implantar o Plano de Marketing 3. Reestruturar o Sistema Administrativo 4. Assegurar a qualidade de vida do cidadão (atuação eficaz x interesses sociais) 5. Resgatar a Ética Administrativa 6. Instituir prioridades de atuação na área criminal 7. Potencializar os resultados decorrentes da legitimação do MP na área cível 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Atender plenamente as demandas da sociedade 2. Implementar as políticas e prioridades institucionais 3. Contribuir para a redução da criminalidade 4. Melhorar a qualidade da prestação dos serviços 5. Consolidar e aperfeiçoar o perfil constitucional da Instituição 6. Fortalecer a credibilidade do MPSC
Negócio	-	Promover a defesa dos direitos da população

Fonte: Documento Oficial do MP/SC – Planejamento Estratégico de 1999 e de 2004

Observa-se no Quadro 2 que a visão estabelecida no planejamento estratégico de 1999 permanece a mesma no ano de 2004, voltada aos direitos do cidadão e à eficácia no atendimento de suas necessidades como instituição referência. Quanto à missão do MP/SC, no ano de 2004 teve ampliado seu escopo de comprometimento para com a paz social, além de visar a garantia dos direitos do cidadão.

Os valores que serviram de referência ao MP/SC no planejamento estratégico de 2004 foram ampliados em relação a 1999. Foram adicionados valores relacionados à harmonia, justiça, solidariedade, efetividade e confiança, os quais fazem parte do objetivo do MP/SC voltado à preservação dos direitos humanos no contexto da busca da paz social.

Dentre os objetivos estabelecidos em ambos os planejamentos verificou-se que, em 1999, foram tratados como diretrizes e em 2004, como desafios. Contudo, refletem o que pretende o MP/SC enquanto propósitos a atingir. Em um primeiro momento, 1999, os objetivos voltaram-se tanto ao ambiente interno como ao externo da Instituição: valorização dos recursos humanos, planos internos e melhoria da imagem ética do MP/SC, estando associados aos pontos fracos da Instituição.

Em 2004, os objetivos foram ampliados quanto à implantação de políticas e prioridades institucionais, tendo em vista a definição prévia de prioridades nas áreas cível e criminal. Além disso, de grande relevância, e definição dos propósitos quanto aos dispositivos constitucionais que garantem a atuação da instituição. Verifica-se, igualmente, que somente neste segundo planejamento foi definido o negócio da Instituição, que expressa o ramo de atividade ou finalidade de uma organização, o que no presente estudo de caso representa a ratificação do propósito de defesa dos interesses da população.

Outro aspecto a destacar nesse processo foi a construção do mapa estratégico do Ministério Público (Figura 2), elaborado a partir dos conceitos básicos do Planejamento Estratégico, e que forneceu aos administradores da instituição um referencial para a descrição e o gerenciamento das estratégias estabelecidas.

"SER UMA INSTITUIÇÃO QUE SIRVA DE REFERENCIAL PELOS PADRÕES DE EFICIÊNCIA E REGULARIDADE NA GERAÇÃO DE RESULTADOS ÚTEIS À SOCIEDADE E NA GARANTIA DOS DIREITOS"

Promover a defesa dos direitos da população, visando a redução dos conflitos e a construção da paz social

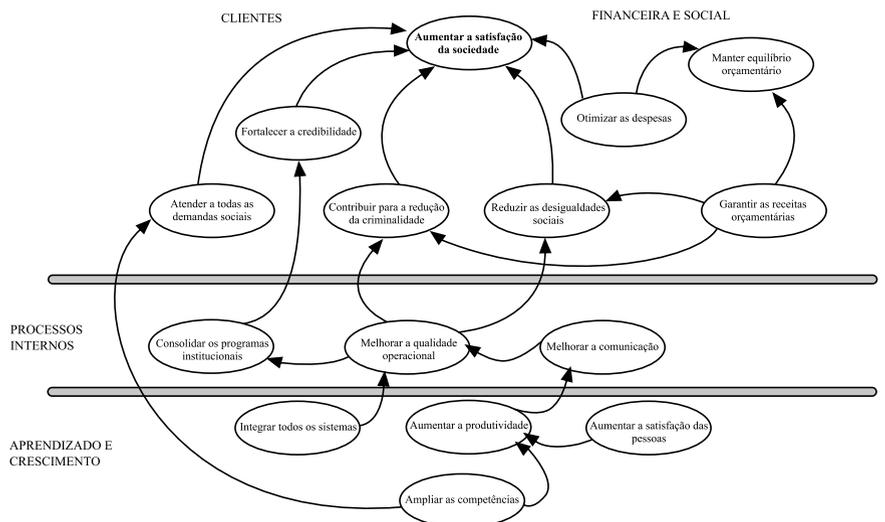


Figura 2 – Mapa Estratégico do Ministério Público

Fonte: Documento Oficial do MP/SC – Planejamento Estratégico de 2004

No que diz respeito à análise do ambiente interno e externo procedeu-se, em ambos os processos, a extensiva qualificação dos pontos fortes e fracos, e das ameaças e oportunidades do MP/SC.

Em 1999 reconhecem-se como pontos fracos dentre outros, a própria falta de planejamento, além da estrutura deficitária de recursos humanos, materiais e financeiros, e mesmo da subutilização dos recursos, bem como a falta de integração e compromisso nas funções. Por outro lado, na análise dos pontos fortes detectou-se liderança social e legitimidade legal, expectativa positiva em relação à administração e à determinação para mudanças entre outros que viabilizariam a implementação do planejamento estratégico.

Em 2004 verifica-se como ponto fraco a permanência da limi-

tação orçamentária juntamente com a sub-utilização dos recursos tecnológicos instalados. Sob a ótica humana há conflitos de funções entre os servidores internos e os terceirizados e deficiências no fluxo de informações, apoio técnico especializado e a dependência de ações de órgãos externos entre outros fatores relacionados à falta de planejamento operacional e a má distribuição de pessoal.

Em relação aos pontos fortes, destaca-se a implementação dos programas institucionais estabelecidos no Planejamento de 1999, juntamente como as parcerias realizadas para ampliação da atuação do MP/SC e sua credibilidade perante a população. Também, a qualificação e o incentivo ao aperfeiçoamento do seu quadro de pessoal, além da estrutura física e tecnológica disponível para a realização dos propósitos do MP/SC.

Quanto a análise do ambiente externo, verificou-se em 1999 o levantamento de ameaças relativas a questões políticas, orçamentária e interpretação restritiva do Poder Judiciário quanto à atuação do Ministério Público, além da concorrência das ONG em campo de atuação semelhantes. Por outro lado, as oportunidades de atuação do MP/SC centraram-se principalmente na possibilidade de formar parcerias com agentes públicos e privados, na legitimidade legal para atuar, bem como na existência de outras fontes de recursos financeiros para investir em seus programas, entre outras voltadas à demanda externa.

A análise do ambiente externo em 2004 foi realizada por meio da técnica de construção de cenários, voltado às imagens de futuros criados para o MP/SC, com hipóteses de acontecimentos futuros, incluindo as seguintes variáveis: econômica, política, social, tecnológica e legal. Trabalhou-se com elementos voltados ao desemprego versus aumento da desigualdade e exclusão social; a maior participação da sociedade para dirimir conflitos sociais a partir do crescimento do terceiro setor; a otimização dos recursos de informática no atendimento de demanda social; e alterações legais no curso do tempo dentre outros ligados a questões ambientais.

Em decorrência das análises dos ambientes no Planejamento Estratégico de 1999 e de 2004, mostra-se a seguir os resultados alcançados, que foram traduzidos em programas (Quadro 3) e estratégias de ação (Quadro 4), respectivamente, voltados aos objetivos previamente

estabelecidos. Os programas relacionados nos dois quadros estão detalhados no site do MP/SC (www.mp.sc.gov.br).

Quadro 3 – Programas Estabelecidos no Planejamento Estratégico de 1999

Programa
1. Implementação do Plano de Cargos e Salários dos Servidores do MPSC
2. Capacitação dos Membros e Servidores do MPSC
3. Definição de Políticas de RH no MPSC
4. Criação e implantação de um Plano de Marketing para o MPSC
5. Reestruturação Organizacional Administrativa
6. Desenvolvimento de um Sistema Integrado de Gestão para o MP
7. “Água Limpa” para a preservação dos mananciais
8. Ação Solidária para o Resgate da ética na Saúde
9. Vigilância Jurídico-Sanitária dos Produtos de Origem Animal
10. Preservação do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro
11. Erradicação do Trabalho Infante-Juvenil em Locais Perniciosos
12. Combate à Desnutrição Infantil
13. Programa Integrado de Justiça Federal
14. Combate ao Crime Organizado e a Macro-Criminalidade
15. Combate à Violência e Exploração Sexual Infante-Juvenil
16. Prevenção de Delitos e Danos Ambientais
17. Sócio-Pedagógico de Execução de Penas Alternativas
18. Promotorias de Justiça Comunitárias Itinerantes para a harmonização Social

Fonte: Coordenadoria de Planejamento e Estratégias Organizacionais – MP/SC

Quadro 4 – Ações Estratégicas estabelecidas no Planejamento Estratégico de 2004

Ações Estratégicas
1. Implementar o Programa de Acessibilidade das Pessoas Portadoras de Deficiência nas Vias Públicas, Praças e Logradouros
2. Implementar o Programa de Acessibilidade das Pessoas Portadoras de Deficiência nos Meios de Transporte Público
3. Implementar o Programa de Acessibilidade das Pessoas Portadoras de Deficiência nos Prédios Públicos
4. Consolidar o Programa Combate à Abusividade de Cobrança no Sistema Único de Saúde – SUS
5. Consolidar o Programa de Fiscalização de internações psiquiátricas involuntárias
6. Consolidar o Programa Vistoria a Entidades Asilares
7. Consolidar o Programa do Sistema de Cadastro e Prestação de Contas – SICAP
8. Programa de Indicadores Sociais – PIS
9. Programa para controle e vigilância da qualidade da água
10. Programa de proteção jurídico-sanitária dos consumidores de produtos de origem animal
11. Programa de ampliação do serviço de atendimento ao consumidor – Procon
12. Programa combustível legal
13. Programa de segurança do consumidor – estatuto do torcedor
14. Programa de combate a cláusulas abusivas em contratos habitacionais
15. Programa de controle de agrotóxicos em alimentos
16. Programa de combate ao comércio ilegal de domissanitários
17. Programa brasileiro de qualidade e produtividade no habitat – PBQP-H
18. Intensificar e Consolidar a implementação do Programa Integrado de Proteção de Interesses Difusos e Coletivos Afetos à Segurança Pública

19. Intensificar e Consolidar a implementação do Programa de Acesso e Compartilhamento de Dados e Informações
20. Intensificar e Consolidar a implementação do Programa Execução Regular da Pena
21. Implementar Programa de Controle externo da atividade policial
22. Otimizar o setor de compras
23. Programa de Assessoria Psicológica às Promotorias da Infância
24. Programa Família – O melhor Abrigo: Fiscalização de Programas e Entidades de Abrigo
25. Programa Família – O melhor abrigo: Avaliação da Situação Pessoal e Processual das Crianças e dos Adolescentes Abrigados
26. Fundo Para a Infância e Adolescência Estadual – FIAr
27. APOMT - Aviso por maus-tratos contra crianças e adolescentes
28. Implementar Programa de Integração de Sistemas
29. Implementar Rede Própria do MP
30. Implementar Projeto de Informatização dos Processos Administrativos
31. Modernizar a Infra-Estrutura em Face do Avanço Tecnológico
32. Programa Gestão de Competências
33. Implementar as reformas e adaptação de espaço físico
34. Mapear e redesenhar os processos do ministério público
35. Implementar pesquisa de satisfação dos clientes (sociedade)
36. Implementar pesquisa de satisfação dos servidores e membros
37. Implementar programa de comunicação
38. Divulgar os resultados alcançados pelos membros
39. Intensificar e Consolidar a Implementação dos Programas do COT
40. Repressão aos Crimes Contra a Ordem Tributária
41. Implementação do Programa Educação Fiscal
42. Implantação do Programa: Combate à ilegal discricionariedade na cobrança de tributos municipais

Fonte: Coordenadoria de Planejamento e Estratégias Organizacionais – MP/SC

3 Considerações Finais

Tomando como ponto de partida o Planejamento Estratégico de 1999, constata-se que ocorreu um crescimento de 133,33% nos programas institucionais, quando comparado com a revisão do Planejamento Estratégico de 2004. Uma análise das principais causas que contribuíram para este incremento compreende:

1. Incorporação do planejamento no processo de decisão: a Administração Superior do Ministério Público criou uma Comissão de Planejamento Institucional – COPLI, com o objetivo de estabelecer um Plano Geral de Atuação –PGA, anual, que tem por objetivo priorizar e identificar as ações relacionadas com aquelas definidas no mapa estratégico.

2. Adequação da estrutura com vistas a atender as estratégias: os Centros Operacionais do Ministério Público foram reformulados de forma a permitir que as ações desenvolvidas tivessem plena compatibilidade com os objetivos estratégicos de melhorar a qualidade operacional. Esta mudança na estrutura visa identificar com clareza as áreas responsáveis pela conquista dos resultados necessários para o alcance da Visão.

3. Desenvolvimento de sincronismo técnico: a identificação de novas competências exigidas pelas ações planejadas exigiu, de membros e servidores a busca de capacitação e formação. As novas habilidades requeridas estão sendo patrocinadas pela Instituição, cuja meta até 2010 é possuir 100% de seu quadro funcional com graduação.

4. A inovação na busca de resultados: a abordagem por programas é uma inovação no Ministério Público. Os programas são estruturados para atender problemas, demandas ou oportunidades relacionadas às áreas de atuação do Ministério Público. Cada programa possui no mínimo um indicador que avalia se o resultado planejado foi alcançado. Possui ainda ações vinculadas, merecendo destaque a utilização crescente dos Termos de Ajustamento de Condutas – TACs, como medida administrativa e meio não judicial de resolução de conflitos. Este tipo de ação diferente da ação judicial, produz resultados de imediato ou no mínimo de curto espaço de tempo.

5. Informação e conhecimento na base da estratégia: o processo de planejamento no Ministério Público, tem como pressuposto, um diagnóstico do problema, demanda ou oportunidade apresentada. As informações ao identificarem as causas, fornecem elementos necessários para a estruturação da estratégia em programas. Para isso foi desenvolvido um sistema de gerenciamento de informações municipais – GIM, que fornece diagnósticos e permite o monitoramento de programas.

6. Compromisso com o social: a Constituição Federal ao elevar a eficiência como um princípio, impôs ao gestor público, a efetividade de suas ações. Para isso, o planejamento passou a ser pressuposto operacional de qualquer organização pública, sob pena de responsabilidade de seu gestor.

Os tipos de planejamento podem estar relacionados com os estágios de desenvolvimento de uma organização. O primeiro nível necessário a sobrevivência da organização é o operacional. Para aquelas que estão crescendo a questão tática ganha importância. Mas somente para aquelas que possuem um compromisso maior com os seus clientes, a visão de futuro é fundamental e o planejamento estratégico é o caminho para atingi-la. O Ministério Público de Santa Catarina hoje é uma organização posicionada neste último nível, e a sociedade reconhece os resultados de suas ações.

4 Referências

DRUCKER, Peter F. **Administração de Organizações sem Fins Lucrativos:** Princípios e Práticas. São Paulo, Pioneira, 1994.

DRUCKER, Peter F. **Introdução à administração.** São Paulo: Pioneira T. Learning, 2002.

FARIA, Jose Carlos. **Administração :** introdução ao estudo. São Paulo: Pioneira, 2. ed., 1996.

GIEGOLD, Willian C. **Administração por objetivos:** uma abordagem de instrução programada. São Paulo: McGraw-Hill, 1980.

GRACIOSO, F. **Planejamento Estratégico orientado para o mercado:** como planejar o crescimento da empresa conciliando recursos e “cultura” com as oportunidades do ambiente externo. São Paulo: Atlas, 2. ed., 1990.

- FISCHMANN, Adalberto A. **Planejamento Estratégico na prática**. São Paulo: Atlas, 1991.
- HUDSON, Mike. **Administrando Organizações do Terceiro Setor: o desafio de administrar sem receita**. São Paulo, Makran Books, 1999.
- KAPLAN, Robert S., NORTON, David P. **Organização Orientada para a estratégia**. Rio de Janeiro: Campus, 6. ed., 2000.
- LOBATO, David M., FILHO, Jamil Moysés, TORRES, Maria C.S., RODRIGUES, Murilo R.A. **Estratégia de Empresa**. São Paulo: FGV editora, 2. ed., 2003.
- MINTZBERG, Henry, AHLSTRAND Bruce, LAMPEL Joseph. **Safári de estratégia: um roteiro pela selva do planejamento estratégico**. Porto Alegre: Bookman, 2000.
- MOTTA, Paulo Roberto. **Gerenciando o futuro: a conquista da visão estratégica**. Rio de Janeiro: Record, 6. ed., 1995.
- OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebolcas de. **Planejamento estratégico: conceitos metodologia praticas**. São Paulo: Atlas, 2003.
- SILVEIRA JR., Aldery. VIVACQUA Guilherme. **Planejamento estratégico como instrumento de mudança organizacional**. São Paulo: Atlas, 2. ed., 1999.
- TAVARES, Mauro Calixta. **Planejamento Estratégico: a opção entre o sucesso e o fracasso empresarial**. São Paulo: Harbra, 1991.
- THOMPSON, Artur A, STRICKLAND III A. J. **Planejamento estratégico: elaboração implementação e execução**. São Paulo: Pioneira Administração de Negócios, 1. ed., 2000.

APONTAMENTOS SOBRE O SISTEMA JURÍDICO DE RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Basílio Elias De Caro

*Procurador de Justiça - SC, Coordenador-Geral do Centro de Apoio
Operacional da Moralidade Administrativa do MPSC*

Sumário: 1 Introdução - 2 A responsabilidade política e de direito comum na esfera dos Poderes Executivo e Legislativo - 3 A responsabilidade civil do Estado - 4 (In)Eficácia e reações ao sistema - 5 Referências

1 Introdução

O título deste artigo revela uma aparente antinomia, consistente em discorrer de maneira despretensiosa, ou seja, por meio de breves apontamentos, sobre um sistema jurídico. Isso porque esta expressão encerra a idéia de um complexo ou conjunto de regras e normas co-relacionadas na disciplina de determinado assunto, no caso, a responsabilidade dos agentes públicos e do Estado, tema que, por sua amplitude, não poderia ser abordado de maneira tão singela.

Todavia, é disso e assim que se haverá de cuidar, posto que a intenção é simplesmente referir para informar, à margem do trato acadêmico e das dissonâncias reinantes no âmago de tão intrincada questão (salvo quando imprescindível à elucidação do tema) que tem

merecido a elaboração de tratados da parte dos juristas, a começar pelo próprio conceito de responsabilidade e pelos diversos aspectos que ela possa assumir: civil, penal, política, moral e administrativa, abrigando um micro-sistema jurídico de regência normativa embasado na Constituição da República.

Num sentido geral, pode-se falar em *noção de responsabilidade*. Todos sabemos, ou ao menos intuímos, que, em virtude dos nossos atos, poderá haver um sancionamento ou reprovação, seja de ordem jurídica ou moral, ainda que não conheçamos as leis ou que inexistam regras morais expressas.

De acordo com Rui Stocco¹,

a noção de responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém por seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

A questão da *responsabilidade*, com suas variantes, encontra ampla normatização do sistema jurídico e merece tratamento diverso, dependendo da *qualidade* do agente e da natureza do ato praticado.

E a referência à *qualidade do agente* presta-se a delimitar sob o aspecto da abrangência subjetiva, as espécies de responsabilidade, havendo, para tanto, que se distinguir, no gênero *agentes públicos*, os ditos agentes políticos dos demais servidores públicos.

Os primeiros podem responder, civil e penalmente, por improbidade administrativa, e ainda serem passíveis de sancionamento político.

Já os servidores públicos não se sujeitam a sanções políticas. Podem, no entanto, ser responsabilizados de todas aquelas outras

1 *Tratado de Responsabilidade Civil*, RT, 6. ed. p.118.

formas, além de sofrer penalidades administrativas.

Celso Antônio Bandeira de Mello² define os agentes políticos como sendo “os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder.

O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um *múnus* público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e por isto candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade ”.

Hely Lopes Meirelles especifica³:

Nesta categoria encontram-se os *Chefes do Executivo* (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus *auxiliares imediatos* (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os *membros das Corporações Legislativas* (Senadores, Deputados e Vereadores); os *membros do Poder Judiciário* (Magistrados em geral); os *membros do Ministério Público* (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os *membros dos Tribunais de Contas* (Ministros e Conselheiros); os *representantes diplomáticos* e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.

Os agentes políticos praticam, no exercício da função pública, atos políticos ou atos administrativos, podendo ser responsabilizados tanto por uns quanto por outros, de vez que sob a égide do regime Republicano, é impensável a existência de salvaguardas capazes de imunizar os detentores de mandato, que os exercem por prazo determinado e mediante delegação popular, visando a satisfação do bem comum. A irresponsabilidade dos governantes já foi própria dos

2 **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros Editores, 10. ed., 1998, pág.151 e 152.

3 **Direito Administrativo Brasileiro**, Malheiros, 28. ed., p.77

regimes monárquicos absolutistas, nos quais o soberano não devia satisfações a ninguém, nem a ninguém respondia.

2 A responsabilidade política e de direito comum na esfera dos poderes Executivo e Legislativo.

À responsabilidade política, de origem constitucional, correspondem os chamados crimes de responsabilidade ou infrações político-administrativas, que têm, no plano legal, tratamento específico de acordo com a função pública exercida pelo agente.

Nem a Constituição ou mesmo as leis em vigor conceituam os crimes de responsabilidade. Elas, na verdade, contêm um rol de condutas que podem configurar infrações desta natureza.

José Cretella Júnior define crime de responsabilidade como sendo o “ato praticado pelo Presidente da República – ou Ministro de Estado – no exercício do cargo que afete a própria estrutura do regime ou os preceitos fundamentais da Constituição”⁴. Acrescente-se aos sujeitos ativos referidos nessa conceituação os Governadores, Secretários de Estado, prefeitos e vereadores, para ficarmos no plano político apenas.

Pode-se dizer, com Alexandre de Moraes⁵, que

crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas definidas na legislação Federal cometidas no desempenho da função, que atentam contra a existência da União, o livre exercício dos Poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade da Administração, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e decisões judiciais.

Essa conceituação reproduz, na sua totalidade, o que está disposto no artigo 85 da Constituição da República, que trata dos crimes de responsabilidade do Presidente da República.

4 **Do impeachment no Direito Brasileiro**, RT, 1992, p.40.

5 **Direito Constitucional**, Atlas, 16. ed. p. 447

A Lei Federal nº 1.079/50 especifica em seus artigos 5º a 12º as condutas correspondentes, preceituando que também os Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, os Governadores e Secretários de Estado incorrem nas mesmas sanções, que, de acordo com o artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal, consistem na perda do cargo, com inabilitação, por até oito anos, para o exercício de qualquer função pública.

A responsabilização do Presidente da República, por infrações político-administrativas e mesmo pela prática de ilícitos comuns, está sujeita a regras especiais previstas na Constituição.

Qualquer cidadão, em pleno gozo dos seus direitos políticos, está legitimado a provocar a instauração, do processo por crime de responsabilidade, mas este somente terá seguimento mediante admissão de 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados, que deverão autorizar a sua instauração, para que, após os trâmites legais, seja julgado pelo Senado Federal. Instaurado o processo nesta Casa Legislativa, fica o Presidente da República afastado de suas funções pelo prazo de até 180 dias. O julgamento será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, e a condenação somente poderá ser proferida mediante o voto de 2/3 dos senadores, importando na destituição do cargo, na inabilitação por oito anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo de outras sanções cabíveis através de processos próprios.

O Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado serão também julgados pelo Senado da República nas infrações conexas com as do Presidente; o Supremo Tribunal Federal os julgará não havendo conexão, bem assim nos crimes comuns.

Já, nos delitos comuns, a iniciativa da ação penal cabe ao Procurador-Geral da República nos crimes de ação penal pública, e ao ofendido nas hipóteses de ação penal privada. O processo tramitará perante o Supremo Tribunal Federal, após autorização de 2/3 da Câmara dos deputados. Trata-se de imunidade formal que alcança todas as espécies de crimes comuns. Recebida a denúncia ou a queixa-crime pelo Supremo, após autorização da Câmara, o Presidente ficará suspenso do exercício das suas funções pelo prazo de até 180 dias. Sendo condenado, estará sujeito à prisão, perderá o mandato e terá seus direitos políticos suspensos.

Na forma do artigo 86, § 3º, da CF, o Presidente somente poderá ser preso, nas infrações penais comuns, após a prolação de sentença condenatória, e não poderá ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício das suas funções, ou seja, os crimes comuns “para permitirem a persecução penal durante o mandato presidencial, devem ser cometidas durante sua vigência e ainda, tratar-se de ilícitos penais praticados *in officio* ou cometidos *propter officium*. A Constituição Federal, assim, estabelece como prerrogativa presidencial irresponsabilidade relativa às infrações penais cometidas antes do início do mandato, ou mesmo que, cometidas durante o exercício do mandato, não apresentem correlação com as funções de Presidente da República, consagrando a regra de irresponsabilidade penal relativa, pois o Chefe de Estado, nos ilícitos penais praticados *in officio* ou cometidos *propter officium*, poderá, ainda que vigente o mandato presidencial, sofrer a *persecutio criminis*, desde que obtida, previamente, a necessária autorização da Câmara dos deputados...⁶.

Essa imunidade alcança somente as infrações penais comuns. Assim, pode o Presidente da República responder a ações de improbidade administrativa, ação popular e a ações civis em geral.

A Constituição do Estado de Santa Catarina praticamente repete, no artigo 72, o mesmo rol constitutivo dos crimes de responsabilidade enumerados na Constituição Federal no que concerne ao Governador, Vice-Governador e aos Secretários de Estado. Todos responderão perante a Assembléia Legislativa no caso de praticarem ilícitos conexos da mesma natureza, sendo julgados por um tribunal misto especialmente composto para esse fim. Praticando crimes de responsabilidade que não guardem relação de conexão com os cometidos pelo Governador, os Secretários serão julgados pelo Tribunal de Justiça.

Os artigos 40, XX, e 73 da Constituição do Estado tiveram sua eficácia parcialmente suspensa por liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal⁷ porque atribuíam à Assembléia Legislativa não só o processo mas também o julgamento daqueles agentes políticos, contrariando o que, nesse ponto, estabelece a Lei Federal nº 1.079/50, em seu artigo 78, § 3º, que preceitua que, nos

6 Idem, p. 458.

7 ADIN N. 1.628-8, Rel. Min. Nelson Jobim.

estados, onde as Constituições não determinarem o processo nos crimes de responsabilidade dos Governadores, aplicar-se-á o disposto nesta lei, devendo, porém o julgamento ser proferido por um tribunal composto de cinco membros do Legislativo e de cinco desembargadores sob a presidência do Presidente do Tribunal de Justiça local que terá direito a voto no caso de desempate.

Essa Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda não foi julgada em definitivamente, ficando assim ementada a decisão referida:

Liminar. Constituição do Estado de Santa Catarina e Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado.

Impeachment: (a) Competência para julgar; (b) Regras de procedimento.

A definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e julgamento são de competência da União (Constituição Federal, arts. 85, parágrafo único, e 22, I). Vigência da Lei 1.079/50 e aplicação de seus dispositivos, recepcionados com modificações decorrentes da Constituição Federal.

Assim, sendo aplicáveis as normas da Lei nº 1.079/50, qualquer cidadão no exercício dos seus direitos políticos, pode dar causa à instauração de processo, por crime de responsabilidade, perante a Assembléia Legislativa.

Quanto aos crimes comuns, os governadores têm foro no Superior Tribunal de Justiça. O processo inicia-se mediante denúncia ou queixa-crime, conforme o caso, mediante prévia autorização da Assembléia Legislativa, desde que haja previsão nesse sentido nas Constituições Estaduais. A necessidade dessa autorização não se estende aos Secretários de Estado.

Os governadores podem ser processados por crimes comuns de qualquer natureza, tenham eles sido cometidos antes ou durante o exercício do mandato, e estão sujeitos à prisão antes da prolação de

decisão condenatória. Não possuem, assim, as imunidades atribuídas pela Constituição ao Presidente da República. Os dispositivos da Carta Estadual (§§ 3º e 4º do art. 73) que estabeleciam essas prerrogativas foram declarados inconstitucionais pelo STF⁸.

Os membros do Congresso Nacional, pelos delitos comuns praticados após a diplomação, são processados e julgados, perante o Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do Procurador-Geral da República ou do ofendido, nas hipóteses de ação penal privada. Não é necessária licença da Casa legislativa à qual pertencem para a instauração do processo; todavia, este pode ter seu curso suspenso por deliberação da Câmara dos Deputados ou do Senado, enquanto durar o mandato, ficando suspensa a prescrição na sua vigência. Não podem ser presos, a não ser em flagrante delito, por crime inafiançável, ou após decisão judicial transitada em julgado.

Se o crime foi praticado anteriormente à diplomação, nada obsta a tramitação normal do processo, mesmo enquanto durar o mandato.

Os Deputados Estaduais possuem as mesmas prerrogativas, ante o disposto no artigo 27, § 1º, da Constituição da República, c/c 42, § 1º da Carta Estadual, cuja parte final, que exigia prévia licença da Assembléia Legislativa para a instauração de ação penal, não mais vigora. São Processados perante o Tribunal de Justiça do Estado.

Os Prefeitos Municipais estão sujeitos a processo e julgamento pela prática dos ditos crimes de responsabilidade perante a Câmara de Vereadores, quando praticarem as condutas previstas no artigo 4º do Decreto-lei nº 201/67, podendo qualquer eleitor provocar a instauração do processo mediante denúncia escrita que deverá conter a exposição dos fatos e a indicação das provas.

O art. 5º do mesmo diploma legal estabelece ainda que, se o denunciante for Vereador, ficará impedido de votar sobre a denúncia e de integrar a Comissão Processante. Acrescenta que

se o denunciante for o Presidente da Câmara, passará a Presidência ao substituto legal, para os atos do processo, e só votará se necessário para com-

8 ADIN nº 1.024, Rel. Min. Ilmar Galvão.

pletar o *quorum* de julgamento. Será convocado o suplente de vereador impedido de votar, o qual não poderá integrar a Comissão Processante.

O processo de *impeachment* somente será instaurado, após o recebimento da denúncia, mediante o voto da maioria dos presentes, constituindo-se, então, na mesma sessão, a Comissão processante, com três Vereadores sorteados entre os desimpedidos, que elegerão o Presidente.

Após os trâmites processuais nos quais se haverá de permitir a ampla defesa, a Câmara deverá proceder a tantas votações nominais quantas forem as infrações atribuídas na denúncia ao Prefeito, que será afastado definitivamente do cargo no caso de procedência da acusação, assim sendo declarado pelo voto de dois terços dos membros da Câmara. Proclamado o resultado pelo Presidente, havendo condenação, será expedido decreto legislativo de cassação do mandato do Prefeito. O processo deverá estar concluído no prazo de noventa dias, sob pena de arquivamento. Neste caso, poderá ser instaurado novo processo mediante nova denúncia acerca dos mesmos fatos.

Ainda relativamente aos prefeitos, a Constituição Federal erige à categoria de crime de responsabilidade, no § 2º do artigo 29, as seguintes condutas: I - efetuar repasse que supere os limites definidos no artigo 29-A; II - não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

No que diz respeito aos vereadores, podem também ter os seus mandatos cassados pela Câmara, em razão de atos praticados conforme a previsão do art. 7º do Dec- Lei nº 201, aplicando-se as mesmas normas processuais relativas aos Prefeitos.

Os citados artigos 4º, X, e 7º, III, ambos do Decreto, referem-se a procedimentos incompatíveis com a *dignidade e o decoro* como motivos para o processo de cassação no que concerne a prefeitos e vereadores.

É preciso esclarecer o significado dessas expressões, para que tenha se em mente a sua dimensão.

Wolgran Junqueira Ferreira⁹ leciona:

9 **Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores.** São Paulo: EDIPRO, 7. ed., 1999, p. 144

Decoro (do latim, Decorus), é a decência, respeito de si mesmo e dos outros. Este dever de respeito, de decência do parlamentar não se mostra, apenas, no recinto das Casas Legislativas. Acompanha-o durante todo o mandato. Aquinhoado que é por prerrogativas constitucionais fica obrigado, também, ao respeito pelo mandato que lhe foi conferido. Deve ser mantido o respeito pelo parlamentar, não podendo ele deixar de guardar a relação existente entre o seu comportamento e a investidura de representante da soberania popular.

Citando Geraldo Ferreira Lanfredi, o autor continua:

Há de se ressaltar que o decoro pode ser aferido ‘mediante elementos objetivos suscetíveis de serem verificados por um observador imparcial’, como lembra Arabela Maria Sampaio de Castro, em alentado estudo sobre a matéria (*in Vereador – Decoro Parlamentar e Cassação de Mandato eletivo, Parecer FPFL, CEPAM nº 7.263*). Em razão do conceito de decoro, são concordes os autores em salientar que é possível, de maneira objetiva, em juízo seguro e imparcial, verificar se determinada conduta é ou não indecorosa. Assim Miguel Reale como Tito Costa apontam três elementos objetivos para concluir se a conduta é suscetível de ser enquadrada na falta de decoro parlamentar: ‘a) *existência de dolo*, isto é, de manifesto propósito de denegrir a instituição legislativa ou outro órgão do Estado merecedor de respeito; b) *gratuidade da crítica*, isto é, total ausência de fundamento para legitimar o juízo formulado, bastando para legitimá-lo a simples ocorrência de indícios quanto à conveniência ou à irregularidade do ato impugnado; c) *agressividade dispensável*, com descortesia incompatível com o alegado objetivo de defesa do bem público. Se esses três requisitos não emergem da crítica feita, de maneira objetiva e irretorquível, não há como falar

em falta de decoro parlamentar, pois o que existe é apenas o exercício normal de um poder-dever inerente ao mandato político, muito embora possa produzir efeitos considerados ásperos e injustos pelos demais legisladores atingidos' (cf Miguel Reale, *ob. cit.*, p. 89 e Tito Costa, *in Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores*, Ed. RT, 1979, p. 169)¹⁰.

Comentando o inciso III do art. 7º do Decreto-Lei nº 201/67, Wolgran Junqueira Ferreira atesta que o dispositivo dividiu o procedimento do Vereador quando no exercício do cargo, dentro do recinto da edilidade, onde é exigido procedimento compatível com a dignidade da Câmara, com seu procedimento externo, na vida pública. Segundo o autor,

o procedimento incompatível com a dignidade da Câmara diz respeito à atitude, aos modos, à conduta no exercício do cargo, quando se encontre em sessão ou a serviço dela, como seu representante, Assim, por exemplo, um Vereador que compareça embriagado à sessão da Câmara, ou que nos debates use de linguagem incompatível com a seriedade que o exercício do mandato exige, estará procedendo de forma incompatível com a dignidade da Câmara¹¹.

Já o decoro, na conduta pública, diz respeito à vida externa do vereador. Para o autor,

a vida externa do homem público reflete, não só o respeito que ele tem pelo *munus* que exerce, como também constitui garantia de confiança do eleito-rado e consolida o aprimoramento da democracia. Portanto, a conduta pública do vereador autoriza a cassação do mandato, pois a falta de decoro e de respeito do Vereador acaba por refletir na corporação a que ele pertence.¹²

10 *idem*, p. 144

11 *idem*, p. 172

12 *idem*, p. 172.

No entanto, a aplicação do Decreto-Lei nº 201/67 tem sido objeto de acaloradas discussões.

O assunto, por importante, merece especial destaque.

A seguir são citados os entendimentos da doutrina e da jurisprudência a esse propósito:

1) Uma primeira corrente entende que os artigos 4º a 8º do Decreto-Lei nº 201/67 não foram recepcionados pela Constituição de 1988, por veicularem matéria de competência legislativa do Município.

Esta é a corrente adotada por José Afonso da Silva¹³, Antônio Tito Costa¹⁴, Diógenes Gasparini¹⁵ e Wolgran Junqueira Ferreira¹⁶.

Entretanto, a tese não vem encontrando amparo nos tribunais, salvo com raras exceções (nesse sentido: TJPR. 4ª Câmara Cível. Processo 035086900. Rel.: Accacio Cambi. Julg: 30/11/1994).

Em decisão isolada e por maioria de votos, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina também já acatou este entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL - Mandado de segurança - Liminar concedida - Cassação de efeito suspensivo ativo emprestado a agravo de instrumento - Limites da discussão - Desprovemento.

O agravo regimental arrostado contra liminar deferida em mandado de segurança há que se limitar às matérias que, abrangidas na inicial, foram dirimidas na decisão ou cujo exame foi por ela preterido.

No processo de cassação de mandatos de vereadores, por procedimento incompatível com o decoro parlamentar e por atentado contra as instituições vigentes, prevalecem, sobre os ditames do Decreto-lei nº 201/67, as regras previstas na Lei Orgânica

13 **Inovações Municipais na Constituição de 1988**, RT 669/10-18

14 **Cassação e Extinção de Mandatos Eletivos Municipais em face da Nova Constituição do Brasil**. RT 699/253-257

15 Revista Informativo Paulista, p. 7-8, citado por Wolgran Junqueira Ferreira. **Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores**. Bauru/SP: Edipro, 7. ed., 1999. p. 125

16 *ob. cit.*, p. 127/128

Municipal, que estabelecem o quorum de maioria absoluta". Mesmo porque, a Carta Magna de 1988 revogou, por incompatibilidade, as normas do Decreto-lei nº 201, à exceção de seus arts. 1º a 3º.

(TJSC. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 2002.016284-7/0001.00, de Barra Velha. Rel. Des. Trindade dos Santos.)

2) Um segundo entendimento consigna que os arts. 4º a 8º do Decreto-Lei nº 201/67 são aplicáveis enquanto não for editada lei municipal regulando o assunto.

Esta corrente é a que vem encontrando maior aceitação jurisprudencial, conforme se observa nos seguintes julgados do STF e STJ:

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA - LEI ORGÂNICA DE MUNICÍPIO - JULGAMENTO DO PREFEITO NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE. Surge harmônico com a Carta da República preceito de lei orgânica de município prevendo a competência da câmara municipal para julgar o prefeito nos crimes de responsabilidade definidos no Decreto-Lei nº 201/67, o mesmo ocorrendo relativamente ao afastamento, por até noventa dias (período razoável), na hipótese de recebimento da denúncia. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA - CRIME COMUM PRATICADO POR PREFEITO - ATUAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL. O afastamento do prefeito em face de recebimento de denúncia por tribunal de justiça circunscreve-se ao plano processual penal, competindo à União dispor a respeito. (STF. RE 192527/PR. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Publ. DJ 08.06.2001)

I - Perde substância o debate em torno da recepção do DL 201/67 (Arts. 4º a 8º) pela Constituição Federal de 1988, se a Lei Orgânica do Município fez referência àqueles dispositivos, incorporando-os ao ordenamento municipal.

II - As nulidades ocorridas no curso de CPI, não contaminam o procedimento de cassação, se neste foram observadas todas as cautelas legais.

III - A oitiva de testemunhas não indicadas pelas partes não invalida o procedimento de cassação.

IV - A circunstância de o vereador integrar partido político de oposição não o impede de atuar no procedimento movido para desconstituir o mandato do prefeito.

V - O procedimento de cassação de mandato não envolve, apenas, questões "interna corporis". Os temas neles decididos operam "externa corporis", penetrando direito individual do mandatário e - se este for prefeito - invadindo a autonomia do Poder Executivo. Tal procedimento é, assim, suscetível de pleno controle pelo Judiciário.

VI - Em Mandado de Segurança não se discute a qualidade das provas utilizadas na formação do convencimento dos julgadores. (STJ. **RMS 10222/AM**. Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. Publ. DJ 29.03.1999 p. 76).

Ainda:

PENAL. PROCESSUAL. PREFEITO. JULGAMENTO. COMPETÊNCIA. DECRETO-LEI Nº 201/67. APLICAÇÃO.

1. Mantidos os dispositivos do Decreto-Lei nº 201/67, que regulam o processo e o julgamento dos Prefeitos Municipais quanto às infrações político-administrativas a eles atribuídas.

2. Silente a Lei Orgânica Municipal, nada obsta a aplicação do referido Decreto-Lei.

3. Recurso conhecido e provido.

(STJ. RESP 70404. Rel. Min. EDSON VIDIGAL.
Publ. DJ 26.10.1998)

O entendimento foi adotado ainda pelo TJSP, no julgamento da Ap. Cível nº 130.615-1 (Rel. Des. Freitas Camargo). Também, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, há julgado neste sentido (Apelação cível em mandado de segurança nº 2003.026660-7, de Barra Velha. Relator: Des. Vanderlei Romer).

Na doutrina, a posição é defendida por Adilson Abreu Dallari¹⁷:

No caso dos Prefeitos, compete ao Município se organizar. Ao se organizar, o Município não pode deixar de tratar dessa matéria, que é elementar ao sistema republicano. A Lei Orgânica de cada Município deve tratar dessa matéria. É a lei municipal que vai definir os casos que são considerados infrações político-administrativas e é a lei municipal que vai definir o julgamento das infrações político-administrativas, crimes de responsabilidade, pela Câmara Municipal. É forçoso, entretanto, admitir uma sobrevida do Decreto-lei nº 201, apenas em função do seguinte: como a responsabilidade é elementar, não pode, por falta de uma legislação específica, o prefeito ficar incólume. Não é porque não se tenha editado lei municipal que ele não pode ser responsabilizado. Supletivamente, se não houver lei municipal, pode-se tomar os tipos previstos no Decreto-lei 201 como infração político-administrativa, mas o julgamento continuará sendo, de qualquer forma, feito pela Câmara Municipal, pela simples e pura razão de que crime de responsabilidade não é infração penal; mas, sim, infração político-administrativa.

3) Os arts. 4º a 8º do Decreto-Lei nº 201/67 não mais são aplicáveis, pois somente ao Judiciário compete julgar os Prefeitos, mesmo nos casos de infrações político-administrativas.

¹⁷ **Crime de Responsabilidade não é infração penal.** in GÊNESIS: revista de direito administrativo aplicado. Ano 2, nº 4. Curitiba: Gênesis, Março/1995. p. 49/55.

Esta corrente é adotada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁸, J. Cretella Júnior¹⁹ e Mayr Godoy²⁰.

Tal entendimento, contudo, já foi expressamente rechaçado pelo STF, no julgamento do RHC 73210 (Rel. Min. Maurício Corrêa. Julg. 31/10/1995). Não obstante, ainda há decisões isoladas nesse sentido (TJRS. ADI Nº 70006016919, Rel. Des. Roque Miguel Fank, Julg. 20/12/2004).

4) Os arts. 4º a 8º do Decreto-Lei nº 201/67 estão em plena vigência, tendo sido recepcionados pela CF/88, não cabendo às leis orgânicas disciplinar o assunto, por se tratar de competência privativa da União.

Esse entendimento é liderado por José Nilo de Castro²¹ e encontra amparo em algumas decisões de Tribunais Estaduais (nesse sentido: TJRS. ADI 70006924500, Rel. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, Julg. em 04/10/2004).

Os vereadores ainda estão sujeitos, no que couber, sob pena de perda do mandato, às proibições e incompatibilidades aplicáveis aos membros dos Legislativos Federal e estadual, conforme estabelece o artigo 29, IX da Constituição Federal.

Nesse particular, a Constituição do Estado repete a Carta Federal, estatuindo o seguinte:

Art. 43 - Os Deputados não poderão:

I - desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;

b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego

18 **Comentários à Constituição Brasileira**, v. 1, arts. 1º a 43, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 217.

19 **Comentários à Constituição de 1988**, artigos 23 a 37, Forense Universitária, 1991, p. 1880.

20 **A Lei Orgânica do Município Comentada**, São Paulo, LEUD, 1990, p. 149-150.

21 **A Defesa dos Prefeitos e Vereadores**, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 82-92.

remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;

II - desde a posse:

a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum" nas entidades referidas no inciso I, "a";

c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a";

d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Não há vedação para o exercício do cargo de Secretário municipal, aplicando-se o disposto no artigo 45 da CE.

Sem prejuízo da perda do mandato em decorrência da prática de infrações político-administrativas, os prefeitos e vereadores estão também sujeitos a responder por crimes comuns, ou seja, aqueles descritos no Código Penal e na legislação extravagante, independentemente de autorização da Câmara de Vereadores. Neste caso, o processo é iniciado por meio de denúncia oferecida ao Judiciário pelo Ministério Público, nos ditos crimes de ação penal pública, ou mediante queixa-crime do ofendido nas infrações penais de natureza privada.

Em caso de condenação, a pena imposta é a privativa de liberdade ou de multa, que podem ser ou não cumulativas, de acordo com a previsão legal, importando também, *vg.*, em se tratando de crime previsto no Dec- Lei nº 201, na perda do cargo e na inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação, sem prejuízo da reparação do dano causado ao patrimônio público ou particular.

O mesmo fato pode ainda constituir ato de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92. A ação pode ser proposta pelo Ministério Público sem prejuízo de todas as outras medidas já mencionadas, sendo em regra antecedida de investigações destinadas a elucidar os fatos. O descumprimento a requisições de documentos ou informações requisitadas pelo Ministério Público com o objetivo de instruir os procedimentos investigatórios que instaurar constitui crime punido com pena privativa de liberdade.

A lei classifica os atos de improbidade administrativa da seguinte forma: a) que importem em enriquecimento ilícito; b) que causem prejuízo ao erário; e c) que atentem contra os princípios da Administração Pública. Nessas condições, a responsabilização do agente independe da existência de dano ao erário. Se este ocorrer, deverá haver o ressarcimento — que é buscado na mesma ação — cumulativamente com as demais cominações previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, a seguir também alinhadas contextualmente.

Se ação de improbidade e a ação penal, em regra, são meios de combate a atos ilícitos postos à disposição do Ministério Público, o cidadão comum, em pleno gozo dos seus direitos políticos, pode utilizar-se da ação popular visando a invalidar atos e contratos ilegais e lesivos ao patrimônio público federal, estadual, municipal, de suas autarquias, de entidades paraestatais e de pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público. Esse instrumento é, também, veículo de defesa de outros bens e interesses de cunho não patrimonial, como acontece quando há lesividade à moralidade administrativa, ao patrimônio histórico e cultural e ao meio ambiente.

Todavia, consoante advertiu o Superior Tribunal de Justiça ²²,

O exame dos atos administrativos se dá sob o ponto de vista da respectiva legalidade e da sua eventual ofensa ao patrimônio público (Lei nº 4.717, de 1965, art. 2º) ou simplesmente da legalidade nos casos em que o prejuízo ao patrimônio público é presumido (Lei nº 4.717, de 1965, art. 4º); o julgamento sob

22 Resp. nº 100.237-RS, Rel. Min. Ari Pargendler.

o ângulo da conveniência do ato administrativo usurpa competência da Administração.

Assim, os atos discricionários, entendidos como tais os atos legais em relação aos quais os administradores avaliam a conveniência e a oportunidade da sua prática, não estão sujeitos ao crivo do Judiciário. Trata-se de competência privativa da Administração, decorrente do princípio da separação dos poderes.

Em última análise, a finalidade da ação popular é a prevenção ou a reparação dos danos causados àqueles bens em decorrência de atos da Administração, ilegais ou ilegítimos, atentatórios à moralidade administrativa, e lesivos a bens ou valores éticos, que terão sua invalidade decretada, impondo-se aos responsáveis e aos beneficiários, o dever restituir solidariamente o indébito, e o pagamento de perdas e danos, cabendo ação regressiva para apuração da responsabilidade dos culpados que não tiverem integrado a ação popular.

Nela não podem ser impostas outras sanções que não sejam a desconstituição do ato e o dever de indenizar, razão pela qual todas as demais espécies de ações até aqui mencionadas, também podem ser propostas cumulativamente, de vez que o objeto destas é diverso.

Titular da ação é o eleitor. Não estão legitimados à sua propositura os partidos políticos ou quaisquer outras pessoas jurídicas.

Figurarão no pólo passivo da demanda como litisconsortes necessários,

as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais o ato foi praticado, além das autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiverem dado oportunidade à lesão, como, também, os *beneficiários diretos* do mesmo ato ou contrato (art. 6º).²³

As pessoas jurídicas chamadas à ação não têm a obrigação de contestá-la, podendo, inclusive, atuar em favor da procedência do

23 Hely Lopes Meirelles, *in* Mandado de Segurança, Malheiros, 27. ed., p.140.

pedido do autor, se assim o exigir o interesse público.

A agressão à moralidade administrativa, a nosso ver, é causa autônoma para a ação popular, dispensando a ilegalidade do ato. Aquela é, por si mesma, tutelada pela Constituição como um dos princípios vetores do agir administrativo.

Consoante julgado citado por Alexandre de Moraes (RT 162/59)²⁴ o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.”

Em suma, à vista de todo o exposto, pela prática de um mesmo ato, o agente político poderá responder com a sua liberdade, com o seu patrimônio, para recompor o dano, com a perda do mandato, com a suspensão dos direitos políticos por até 10 anos, com a perda da função pública, ser compelido a pagar multa civil de até três vezes o valor daquilo que indevidamente perceber, vir a ser proibido de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios.

As mesmas considerações são aplicáveis aos servidores públicos comuns, seja quando agem em co-autoria com os agentes políticos, seja quando praticam condutas independentes. Excetua-se, por evidente, a hipótese de cometimento de crime de responsabilidade, cuja sanção é a perda de mandato, já que tais funcionários não o detêm, sujeitando-se, no entanto à perda do cargo ou da função pública.

Um tópico que merece destaque, posto que restringe a responsabilização dos vereadores, é a dita *imunidade material*, com a qual o artigo 29, VIII, da CF, contempla-os, dizendo serem invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

Dita imunidade, que abrange e os coloca a salvo de responsabilização política, civil, administrativa e criminal, condiz exclusivamente com questões relacionadas ao exercício do mandato, ou seja, no desempenho de atividades que tenham nexos com a atividade parlamentar, ainda que fora do recinto da Câmara, porém nos limites territoriais do Município.

Sobre isso, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

24 *op.cit.*p.435

O vereador, atuando no âmbito da circunscrição territorial do Município a que está vinculado, não pode ser indiciado em inquérito policial e nem é submetido a processo penal por atos que, qualificando-se como delitos contra a honra (calúnia, difamação e injúria), tenham sido por ele praticados no exercício de qualquer das funções inerentes ao mandato parlamentar: função de representação, função de fiscalização e função de legislação (1ª Turma, HC, nº 74.201-7/MG, Rel. Min. Celso de Mello).

Mas a imunidade dos edis limita-se a esse aspecto. Não possuem *imunidade formal*, no sentido de que podem ser processados por outros ilícitos independentemente de autorização legislativa.

3 A responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de reparação dos danos causados a outrem, atribuído às pessoas jurídicas de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, com direito de regresso contra o agente causador dos prejuízos, uma vez estabelecido o nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva e o evento lesivo.

Esse dever decorre do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Alexandre de Moraes²⁵, assim resume os requisitos constitutivos da obrigação de indenizar, fundada na responsabilidade objetiva do Estado:

25 *Constituição do Brasil Interpretada*, 5. ed., p. 924.

– a obrigação de reparar danos patrimoniais decorre da responsabilidade civil objetiva. Se o Estado, por suas pessoas jurídicas de direito público ou pelas de direito privado prestadoras de serviços públicos, causar danos ou prejuízos aos indivíduos, deve reparar os danos, indenizando-os, independentemente de ter agido com dolo ou culpa;

– os requisitos configuradores da responsabilidade civil do Estado são: ocorrência do dano; nexo causal entre o *eventus damni* e a ação ou omissão do agente público ou do prestador de serviço público; a oficialidade da conduta lesiva; inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do Estado;

– no Direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima;

– havendo culpa exclusiva da vítima, ficará excluída a responsabilidade do Estado. Entretanto, se a culpa for concorrente a responsabilização civil do Estado deverá ser mitigada, repartindo-se o *quantum* indenização. Nesse sentido, Jean Rivero afirma que ‘ se o próprio lesado tornou o dano inevitável, ou o agravou, a responsabilidade da Administração fica total ou parcialmente excluída’;

– a responsabilidade civil do Estado não se confunde com as responsabilidades criminal e administrativa dos agentes públicos, por tratar-se de instâncias independentes. Assim, a absolvição do servidor no juízo criminal não afastará a responsabilidade civil do Estado, se não ficar comprovada culpa exclusiva da vítima;

- a indenização do dano deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu, o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo do Poder Público, ou seja, deverá ser indenizada dos danos emergentes e nos lucros cessantes, bem como nos honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento. Além disso, nos termos do art. 5º, V, da Constituição Federal, será possível a indenização por danos morais;
- a Constituição Federal prevê ação regressiva contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, em síntese, verifica-se a responsabilidade civil do Estado, uma vez constatada a existência de um dano; que este tenha ocorrido em virtude de ação ou omissão administrativa e desde que haja um vínculo de causa e efeito entre o dano e a conduta.

Em regra, exclui-se a responsabilização do Estado nas hipóteses de culpa exclusiva do lesado, diante de ocorrências imprevisíveis e incontornáveis e independentes da vontade das partes, consoante se dá com as forças da natureza ou através da ação de terceiros (força maior e caso fortuito).

Todavia, nas situações

de força maior (chuvas torrenciais que acabam provocando inundações no Município) geradora de danos a terceiros, em regra exclui-se a responsabilidade civil do Estado, salvo, porém se a essa ocorrência de força maior somar-se a omissão do Estado (por exemplo: não limpeza da cidade que acarretou entupimento dos bueiros e galerias pluviais). Nesses casos haverá responsabilidade pela omissão estatal, consagrada pelo § 6º, do art. 37 da Constituição Federal (cf: RTJ 47/378; 70/704).²⁶

Em se tratando, todavia, de omissão do poder público, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que

²⁶ Idem, p. 931.

a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa das suas três vertentes, negligência, imprudência ou imperícia, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuído ao serviço público, de forma genérica, *a faute de service* dos franceses (Recurso Extraordinário nº 179.147-1/SP, Rel. Min. Carlos Velloso).

4 (In)Eficácia e reações ao sistema

O sistema jurídico brasileiro é amplo e deveria ser eficaz no que diz respeito à responsabilização dos agentes públicos, posto que pode abranger, por conta da prática de um mesmo ato, de forma independente e concomitante, o sancionamento por infração político-administrativa, penal, civil e por ato de improbidade.

Todavia, não é isso o que a realidade tem demonstrado, salvo raras e excepcionais exceções.

No plano da responsabilização política, infelizmente, prepondera o corporativismo e, via de regra, a opção pela preservação de interesses que não raro ultrapassam a esfera individual, permeando os interesses do próprio grupo encarregado da apuração e do julgamento das infrações-político administrativas.

Com inteira propriedade pontifica Emerson Garcia:²⁷

Como ensinam as regras de experiência, na medida em que se ascende no escalonamento hierárquico, mais remotas se mostram as possibilidades de responsabilização do agente público. Tal constatação deriva das maiores prerrogativas que a lei concede ao agente, de sua ascendência política, da possibilidade de manipulação da opinião pública, da maior disponibilidade de recursos financeiros o que lhe

27 **A Corrupção. Uma visão jurídico-sociológica**, p.8, texto extraído do sítio *Jus Navigandi*, <http://jus2.uol.com.br>.

permitirá uma ampla defesa (quer seja lícita ou ilícita) e de um possível direcionamento da estrutura administrativa à consecução de seus próprios interesses. No que concerne aos agentes políticos, que normalmente ocupam o ápice do escalonamento funcional, raros são os casos de responsabilização política, o que deriva da constatação de que a própria atividade partidária, a cada dia mais ampla e organizada, tende a evitar que o Chefe do Executivo tenha contra si uma forte oposição no Parlamento, isto sem olvidar os ajustes políticos de toda ordem que são diuturnamente realizados.

Sob o aspecto da responsabilização judicial, na seara dos atos de improbidade administrativa e criminal, nas quais a atuação do Ministério Público tem sido marcante, denota-se a criação de mecanismos de proteção legislativa com o propósito de desestimular e enfraquecer as iniciativas da Instituição. Ao lado do farisaico discurso oficial de combate à corrupção, criam-se obstáculos casuísticos visando proteger os ocupantes do Poder. Legisla-se, por vezes, em causa própria ou em favor daqueles a quem se queira proteger.

Minar os esforços das instituições encarregadas do combate aos atos de corrupção, através de subterfúgios legais, tem merecido constantes tentativas.

Exemplo disso é que, no ano de 2000, editou-se a Medida Provisória nº 2.088-35, reiteradas vezes reproduzida, e que alterava a Lei 8.429/92, permitindo que o réu da ação de improbidade propusesse ação de idêntica natureza ou reconvenção contra o representante do Ministério Público que viesse a instaurar investigação ou deflagrasse ação supostamente temerária ou com desvio de finalidade, obrigando-o ainda a pagar indenização de até R\$ 151.000,00, caso a ação de improbidade viesse a ser julgada improcedente pelo Poder Judiciário. Esses dispositivos somente não foram convertidos em lei, em virtude das pressões sociais e de membros do Ministério Público. A edição da Medida provisória coincidiu com investigações e ações promovidas pelo Ministério Público contra figuras de altas esferas de Governo.

O projeto da intitulada 'Lei da Mordaça', que felizmente até agora não vingou, e que proibia aos magistrados, membros do Ministério Público, membros do Tribunal de Contas, à autoridade policial ou administrativa, a divulgação de fatos ou informações de que tivessem conhecimento em razão do cargo, sob pena de cometimento de crime de abuso de autoridade, sujeitando-os à sanção administrativa, civil e penal, constituía uma "couraça" protetora, verdadeira salvaguarda a determinados agentes políticos e de alguns de seus atos, do crivo social.

A Lei nº 10.628/2002, que promoveu alterações no Código de Processo Penal, instituindo o foro especial por prerrogativa de função, nas ações de improbidade administrativa, aos agentes públicos mais categorizados, tinha como um dos seus efeitos retirar as atribuições de milhares de Promotores de Justiça e de Juízes de Direito, que, presumivelmente, em face da superioridade numérica, poderiam com maior celeridade dar curso àquelas ações. Concentrou tais atribuições nas mãos de pouco mais de uma vintena de Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e das Câmaras especializadas dos Tribunais, via de regra, já abarrotados de processos.

Essa aposta na demora na apuração dos fatos, que contribuiria para o retardamento da imposição das sanções, caiu por terra, por intermédio de recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou inconstitucionais aquelas disposições legais. De qualquer sorte, enquanto estava em vigor, a referida Lei produziu, ao menos em parte, os efeitos desejados, porque um número desconhecido, mas certamente representativo de processos foi anulado em todo o País, por vício de incompetência.

Outro exemplo de desvio de função legislativa é ressaltado por Emerson Garcia²⁸, quando diz que

merece ser lembrado o caso do Senador da República que utilizou o serviço gráfico do Senado Federal para confeccionar calendários contendo a sua imagem, com ulterior envio aos cidadãos do Estado no qual possuía domicílio eleitoral, tudo em pleno ano eleitoral. Reconhecido o abuso de autoridade pelo Tri-

28 *op. cit.* p.29

bunal Superior Eleitoral (*Caso Humberto Lucena*, RO nº 12.244, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 13/09/1994, RJTSE vol. 7, nº 1, p. 251) e mantida a decisão pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Pleno, RE nº 186.088/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 30/11/1994, DJ de 24/02/1995, p. 3696), o Legislativo pouco tardou em praticar um dos mais deploráveis atos surgidos sob a égide da Carta de 1988.

Trata-se da Lei nº 8.985, de 7 de fevereiro de 1995, diploma que merece ser transcrito por bem representar a degradação moral da classe dominante à época:

Art. 1º É concedida anistia especial aos candidatos às eleições gerais de 1994, processados ou condenados ou com registro cassado e conseqüente declaração de inelegibilidade ou cassação do diploma, pela prática de ilícitos eleitorais previstos na legislação em vigor, que tenham relação com a utilização dos serviços gráficos do Senado Federal, na conformidade de regulamentação interna, arquivando-se os respectivos processos e restabelecendo-se os direitos por eles alcançados.

Parágrafo único.

Art. 2º Somente poderão beneficiar-se do preceituado no *caput* do artigo precedente os membros do Congresso Nacional que efetuarem o ressarcimento dos serviços individualmente prestados, na conformidade de tabela de preços para reposição de custos aprovada pela Mesa do Senado Federal, excluídas quaisquer cotas de gratuidade ou descontos.'

Um país cuja classe política tem a coragem (ou o desatino!) de idealizar, discutir, votar, aprovar, sancionar e publicar uma lei como essa, certamente ainda tem um longo caminho a percorrer".

Em conclusão, a legislação em vigor é suficiente ao desiderato de responsabilizar os agentes públicos pela prática de atos contrários à

moral e ao Direito. A não-aceitação de determinados padrões de comportamento pela Sociedade, a formação de uma consciência coletiva de combate às atitudes antiéticas, ao corporativismo promíscuo e ao casuísmo legislativo, capazes de comprometer os princípios constitucionais da igualdade e da moralidade, são elementos indispensáveis à efetividade do ordenamento jurídico, ao fortalecimento das instituições e ao pleno implemento dos objetivos fundamentais da República.

Não obstante tudo o quanto se disse, sobre a possibilidade de responsabilização dos agentes políticos sobre todos os aspectos, pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal a Reclamação nº 2.138, em que é relator o Min. Nelson Jobim. Alguns dos votos já proferidos encaminham-se no sentido da equiparação dos atos de improbidade administrativa a crimes de responsabilidade de acordo com a tipologia da Lei nº 1.079/50.

Prevalecendo esse entendimento, significa dizer, em outras palavras, que relativamente aos agentes políticos mais categorizados não mais se aplicará a Lei de Improbidade, mas apenas a Lei nº 1.079/50, cuja única sanção é a perda do mandato. Persistirá o dever de reparar os danos por intermédio da ação civil pública, da ação popular, e o sancionamento penal.

Isso representa um preocupante retrocesso e frustra as expectativas sócias de depuração da corrupção, abalando a sistemática de responsabilização dos agentes políticos, em pleno processo de maturação.

Os servidores comuns, ou seja, apenas os pequenos, continuarão sujeitos a todas as sanções legais em plenitude.

É preciso refletir se isso satisfaz os anseios da Sociedade e contribui para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e do regime republicano, onde todo poder emana do povo, e que tem como um dos seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre e justa.

5 Referências

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed., atualizada e ampliada. Saraiva, 2005.
- CASTRO, José Nilo de. **A Defesa dos Prefeitos e Vereadores**, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
- COSTA, Antônio Tito. **Cassação e Extinção de Mandatos Eletivos Municipais em face da Nova Constituição do Brasil**. RT 699/253-257
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Do impeachment no Direito Brasileiro**. RT, 1992.
- _____. **Comentários à Constituição de 1988**, artigos 23 a 37, Forense Universitária, 1991, p. 1880
- DALLARI, Adilson de Abreu. **Crime de Responsabilidade não é infração penal**. in GÊNESIS: revista de direito administrativo aplicado. Ano 2, nº 4. Curitiba: Gênesis, Março/1995.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores**. 7. ed. São Paulo: EDIPRO, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**, v. 1, arts. 1º a 43, São Paulo: Saraiva, 1990.
- GARCIA, Emerson. **A Corrupção. Uma visão jurídico-sociológica**, p.8, texto extraído do sítio Jus Navigandi, <http://jus2.uol.com.br>.
- GODOY, Mayr. **A Lei Orgânica do Município Comentada**, São Paulo, LEUD, 1990.
- MEIRELLES LOPES, Hely. **Mandado de Segurança**, São Paulo, Malheiros, 27. ed., 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores, 10. ed., 1998.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Atlas, 16. ed.
- _____. **Constituição do Brasil Interpretada**, 5. ed., p. 924.
- SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina**. 5. ed. Ed. Insular, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Inovações Municipais na Constituição de 1988**, RT 669/10-18
- STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. RT, 6. ed.

