

UNIVERSIDADE DE ITAÚNA/MG
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

A LEGITIMAÇÃO DOS INTERESSADOS DIFUSOS PARA A AÇÃO COLETIVA DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO: Uma proposição em direção à efetividade da democracia como direito fundamental.

REGINALDO GONÇALVES GOMES

Itaúna/MG
2014

REGINALDO GONÇALVES GOMES

A LEGITIMAÇÃO DOS INTERESSADOS DIFUSOS PARA A AÇÃO COLETIVA DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO: Uma proposição em direção à efetividade da democracia como direito fundamental.

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Proteção dos Direitos Fundamentais
Linha de pesquisa: Direito Processual Coletivo e Efetividade dos Direitos Fundamentais

Orientador: Professor Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz

**Itaúna/MG
2014**

G633l Gomes, Reginaldo Gonçalves.

A legitimação dos interessados difusos para a ação coletiva de impugnação de mandato eletivo: uma proposição em direção à efetividade da democracia como direito fundamental / Reginaldo Gonçalves Gomes. -- Itaúna, MG: 2014.

294 f.; 29 cm

Bibliografias: f. 283-294.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna.

Orientador: Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz.

1. Direito eleitoral. 2. Função judicial eleitoral. 3. Legitimação ativa. 4. Ação temática. I. Tomaz, Carlos Alberto Simões de; Orientador. II. Universidade de Itaúna. III. Título.

Bibliotecária responsável: Anicéia Ap. de Resende Ferreira
CRB-6/2239



Universidade de Itaúna

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Reconhecido pela Portaria do Ministério da Educação nº 1324/2012 (DOU de 09/11/2012, Seção 1, Pag.10)

**"A LEGITIMAÇÃO DOS INTERESSADOS DIFUSOS PARA À AÇÃO COLETIVA DE IMPUGNAÇÃO
DE MANDATO ELETIVO: Uma proposição em direção à efetividade da democracia como
direito fundamental"**

Dissertação de Mestrado apresentada por **Reginaldo Gonçalves Gomes**, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 14 de novembro de 2014, ao Mestrado em Direito-Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG, e aprovada com recomendação para publicação pela Banca Examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz
Orientador – Universidade de Itaúna

Professor Doutor Vicente de Paula Maciel
Professor Convidado – Pontifícia Universidade Católica

Professora Doutora Edilene Lôbo
Universidade de Itaúna

RESUMO

A presente pesquisa pretende debater a questão da legitimação ativa ad causam no Direito Eleitoral. O objeto da pesquisa assenta-se na análise das funções judiciais eleitorais, detendo-se na função administrativa e judicial. A função administrativa compreende a organização das eleições e a judicial o julgamento das ações eleitorais. Para tanto, fez-se um estudo acerca da natureza coletiva do Direito Eleitoral, considerando que seu escopo é a proteção dos Direitos Políticos e, portanto, é por natureza direito difuso e, também, direito coletivo *strictu sensu*. Todavia, o foco da pesquisa centrou-se na teorização da legitimação ativa nos procedimentos eleitorais sob à égide do princípio da inafastabilidade da jurisdição e do Estado Democrático de Direito. Portanto, este trabalho está amparado na pesquisa realizada pelo Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior, que vem se dedicando ao estudo das ações coletivas e seu efetivo exercício como ações temáticas, detendo-se no estudo da legitimação para agir nessas ações. Sustenta-se a aplicação do modelo ao âmbito da função judicial eleitoral, tendo em vista que os Direitos Políticos são difusos, portanto, todos interessados devem ter legitimidade para propor ações para defesa desses direitos. Desse modo, o estudo da legitimação ativa no Direito Eleitoral se mostra como um ponto importante para a efetivação dos direitos e garantias insculpidos na Constituição Federal, que devem ser considerados também em sua dimensão coletiva de forma a trazer maior participação aos cidadãos.

Palavras-chave: Direito Eleitoral. Função judicial eleitoral. Processo coletivo. Legitimação ativa. Ação temática.

ABSTRACT

This research has the aim to discuss the issue of active legitimation in the Electoral Law. The object of the research is based on the analysis of electoral judicial functions, pausing at the administrative and judicial function. The administrative function includes the organization of elections and the judgment of actions by the Electoral Court. To this end, we carried out a study on the collective nature of the Electoral Law, considering that its scope is the protection of political rights and therefore is entitled by diffuse nature and also strictu sensu collective right. However, this research has focused on the theory of active legitimacy on the electoral collective procedures under the auspices of the principle of non-obviation of jurisdiction and Democratic State of Law. Therefore, this work is supported in research conducted by Professor Vicente de Paula Maciel Junior, who has devoted himself to the study of collective action and its effective exercise as thematic actions, pausing to study the legitimacy to act on these actions. It argues the application of the model of thematic action to the context of the electoral judicial function, given that the Political Rights are diffuse, so all stakeholders should have the legitimacy to defend those rights by class actions. Thus, the study of active legitimation in the Electoral Law is shown as an important tool for enforcing rights and guarantees established in the Federal Constitution, which should also be considered in its collective dimension in order to allow greater citizens participation.

Keywords: Electoral Law. Electoral judicial function. Collective process. Right of Action. Thematic class action.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, não há palavras para agradecê-la, pois sua sabedoria irradia minha vida a cada momento.

À minha esposa, Elena Tkach, minha princesa do Leste Europeu, que amo muito e com quem tenho aprendido grandes lições de vida.

Ao meu amigo e orientador, Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz, o mais sincero agradecimento pela condução na busca do conhecimento. Procurei honrar à confiança que depositou em mim ao aceitar ser meu orientador, dediquei-me, esforcei-me para não decepcioná-lo na realização deste trabalho. Agradeço, ainda, pelo incentivo para iniciar o mestrado da Universidade de Itaúna e por tido muita paciência nas minhas ausências no trabalho para estudar, quando atuou como membro do Tribunal Regional Eleitoral.

Ao Professor Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior por ter aceitado compor a banca examinadora e fazer uma análise efetiva desta dissertação à luz da teoria da ação temática.

À Professora Dra. Edilene Lobo, participante da banca de qualificação, fez importantes observações e sugestões que ajudaram a moldar essa dissertação.

Ao Professor Dr. Lucas Barroso por ter me colocado em contato com o mundo além do Direito e me incentivado, elevando-me.

Ao professor Dr. Luiz Manuel, que me inspirou nessa dissertação com suas aulas de Direito Coletivo.

À Professora Dra. Renata, Professora Dra. Jamile, ao Professor Dr. Gregório Assagra, Professor Dr. Eloy Pereira Lemos Junior, pela imensurável contribuição que suas aulas, obras e indicações bibliográficas trouxeram para esta dissertação.

À Dra. Maria Edna Fagundes Veloso pela confiança em nosso trabalho no Gabinete e pela interlocução constante.

À amiga Roberta Maia Gresta por compartilhar comigo tanto conhecimento e deixar-me privar dos seus conhecimentos e promover debate sobre o tema e "dicas" que enriqueceram meu trabalho e, ainda, por ter me apresentado o livro do Professor Dr. Vicente de Paula Maciel Júnior, cuja teoria adotei como marco teórico neste singelo trabalho.

Ao meu amigo, Daniel Correa Maia Chaves, que contribuiu efetivamente para esse êxito ao me substituir nas horas críticas no Gabinete e ser meu braço direito no trabalho e pela interlocução constante (aprendi muito com ele), pois, com certeza, sem sua paciência e auxílio, meus estudos ficariam prejudicados e aos amigos Luiz Otávio Santos Oliveira,

Vinícius Nunes Conrado, Maria Lúcia Bertani Horta, Sérgio Cerqueira Caldas, pelas conversas sobre Direito Eleitoral.

Aos meus amigos, Carlos André Maia Coelho, Sérgio Veloso Brasil e Fernando Wagner, Alexandre Reis, Geraldo Faria, Nulma, Luciana, não há palavras para expressar o amor e carinho que tenho por eles. Aos meus irmãos, amigos, minhas almas gêmeas, Gilson Gonçalves Gomes (Bia) e Cinério Gonçalves Gomes (Losa), que têm me esteado nessa jornada, aqui na Terra e, realmente, seria muito difícil, insuportável, até impossível, sem a presença constante deles.

Ao amigo Geraldo Faria que fez a revisão ortográfica e contribuiu com o aperfeiçoamento dos parágrafos e a cadência da escrita.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho ao amigo Hércio Ventura Baeta Neves, “o tenente”, como nós o chamávamos. Esse homem, amigo, pai, nos mostrou (a mim, aos meus irmãos, Bia e Losa) o mundo, tirou-nos a viseira para que pudéssemos enxergar o que havia diante de nossos olhos e ainda além deles. Mostrou-nos a diferença entre este mundo e “aquele’outro.” Despertou-nos a fé. Temos saudades dele, mas sabemos que está sempre conosco. O amor que nos deu ainda reverbera em nossas almas. Esse é meu legado a ele. Esse simples trabalho para lhe mostrar que ele conseguiu tornar um “incipiente aluno,” um homem de idéias. Obrigado, “tenente”, sempre te amamos, choramos a sua presença, no entanto, aceitamos os desígnios do Pai. (*in memoriam*)

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIJE – Ação de Investigação Judicial Eleitoral

AIME – Ação de impugnação de mandato eletivo

AIRC – Ação de Impugnação do Registro de Candidatura

CE – Código Eleitoral

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

LC – Lei complementar

RCED – Recurso Contra Expedição de Diploma

RRC – Requerimento de Registro de Candidatura

RRCI – Requerimento de Registro de Candidatura Individual

STF – Supremo Tribunal Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRE – Tribunais Regionais Eleitorais

TRE – Tribunal Regional Eleitoral

TRE/MG – Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	14
2. O NASCIMENTO DA JUSTIÇA ELEITORAL.....	22
3. PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	27
3.1 <i>A complexidade da competência da Justiça Eleitoral.....</i>	28
3.2 <i>Composição da Justiça Eleitoral.....</i>	29
3.3 Funções da Justiça Eleitoral.....	31
3.3.1 <i>Entrelaçamento da função normativa à função legislativa: Judicialização da política.....</i>	33
3.3.2 <i>Função consultiva.....</i>	37
3.3.3 <i>O caso da verticalização partidária.....</i>	38
3.3.4 <i>O caso da revisão geral da remuneração – art. 73, inciso VIII da lei n. 9.504/97.....</i>	40
3.3.5 <i>Função consultiva no plano nacional e internacional.....</i>	48
3.4 <i>Novo papel da Justiça Eleitoral delineado pela Constituição Federal de 1988.....</i>	51
4. PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	57
4.1 <i>Processo coletivo no Estado Democrático de Direito.....</i>	58
4.2 <i>Princípios constitucionais aplicados ao direito eleitoral.....</i>	61
4.2.1 <i>Princípio do devido processo legal.....</i>	66
4.2.2 <i>Princípio do contraditório.....</i>	67
4.2.3 <i>Princípio da ampla defesa.....</i>	71
4.2.4 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana.....</i>	71
4.2.5 <i>Princípio da moralidade.....</i>	73
4.2.6 <i>Princípio da proporcionalidade.....</i>	74
4.2.7 <i>Princípio da inafastabilidade da jurisdição.....</i>	77

4.2.8 A dicotomia entre o princípio da celeridade e o princípio do contraditório e da ampla defesa.....	81
4.3 Princípios fundamentais do Direito Eleitoral.....	86
4.3.1 Princípio da democracia.....	87
4.3.2 Princípio do sufrágio universal.....	93
4.3.3 Princípio da liberdade partidária.....	94
5. FUNÇÃO JUDICIAL ELEITORAL E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA ELEITORAL.....	98
5.1 Processo Eleitoral.....	100
5.2 Processo eleitoral ou período eleitoral.....	105
5.3 Função Administrativa.....	107
5.3.1 Funções administrativas típicas conferidas à Justiça Eleitoral.....	109
5.3.1.1 A função administrativa típica do Tribunal Superior Eleitoral.....	109
5.3.1.2 A função administrativa típica dos Tribunais Regionais Eleitorais.....	110
5.3.1.3 A função administrativa típica dos Juízos Eleitorais.....	112
5.3.1.4 A função administrativa típica da Junta Eleitoral.....	115
5.3.2 Funções administrativas atípicas conferidas à Justiça Eleitoral.....	115
5.3.2.1 A função administrativa atípica do Tribunal Superior Eleitoral.....	115
5.3.2.2 A função administrativa atípica dos Tribunais Regionais Eleitorais.....	117
5.3.2.3 A função administrativa atípica dos Juízos Eleitorais.....	118
5.4 Função judicial eleitoral.....	120
5.4.1 Função judicial eleitoral exercida pela Justiça Eleitoral.....	121
5.4.1.1 A função judicial eleitoral exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral.....	121
5.4.1.2 A função judicial eleitoral exercida pelos Tribunais Regionais Eleitorais.....	123
5.4.1.3 A função judicial eleitoral exercida pelos Juízes Eleitorais.....	126
5.5 Ações coletivas eleitorais em espécie previstas na Constituição Federal e na Legislação infraconstitucional para defesa dos direitos coletivos.....	130

5.5.1 Ação de impugnação de registro de candidatura – AIRC.....	131
5.5.2 Ação de Investigação Judicial Eleitoral - AIJE.....	131
5.5.3 Representações – Lei n. 9.504/1997.....	133
5.5.4 Representação por captação ou gasto ilícito de recurso para fins eleitorais – Art. 30-A lei n. 9.504/97.....	136
5.5.5 Recurso contra a expedição de Diploma - RCED.....	136
5.5.6 Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME.....	139
5.5.6.1 Objeto da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME.....	142
5.5.6.1.1 Corrupção eleitoral.....	142
5.5.6.1.2 Fraude eleitoral.....	144
5.5.6.1.3 Abuso de poder econômico.....	144
5.5.7 Relacionamento entre os sistemas jurídico, político e econômico.....	150
5.5.7.1 As implicações da independência dos sistemas jurídico e econômico no Direito Eleitoral.....	152
5.5.7.1.1 O cometimento de crimes eleitorais para desequilibrar o pleito eleitoral.....	152
5.5.7.1.2 O financiamento privado de campanha como meio de abuso de poder econômico.....	155
6. TUTELA JURISDICONAL COLETIVA ELEITORAL.....	163
6.1 Definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	167
6.2 Direitos coletivos.....	170
6.3 Direitos difusos.....	172
6.4 Direitos individuais homogêneos.....	174
6.5 Direitos difusos, coletivos e individuais tutelados pelo Direito Eleitoral.....	177
6.5.1 Direitos difusos no Direito Eleitoral.....	180
6.5.1.1 Os direitos difusos.....	180
6.5.2 Direitos coletivos no Direito Eleitoral.....	182
6.5.2.1 Os direitos coletivos strictu sensu.....	182

6.5.3 Direitos individuais no Direito Eleitoral.....	183
6.5.3.1 Os direitos individuais.....	183
7. LEGITIMAÇÃO ATIVA AD CAUSAM PARA A PROPOSITURA DAS AÇÕES COLETIVAS NA DEFESA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	184
7.1 Legitimidade ordinária, extraordinária e substituição processual.....	186
7.2 Natureza jurídica da legitimidade nas ações coletivas.....	189
7.3 Legitimados ativos previstos na legislação eleitoral para propositura das ações coletivas eleitorais.....	191
7.3.1 O Ministério Público.....	194
7.3.2 Os Partidos Políticos.....	196
7.3.3 Os Candidatos.....	199
7.3.4 As Coligações - entes despersonalizados.....	200
7.3.5 As Associações Cívicas.....	202
7.4 Legitimação do cidadão para ajuizamento de ação coletiva eleitoral.....	204
7.5 Ação Popular: Inaplicabilidade no Direito Eleitoral.....	209
8. TECNOLOGIA NO PODER JUDICIÁRIO.....	213
8.1 Sociedade em rede: Globalização.....	213
8.2 A ausência de fiscalização efetiva do processo eletrônico de votação.....	215
8.2.1 A exclusão dos interessados na fiscalização no voto.....	217
8.2.2 O risco de a tecnologia suplantará direitos fundamentais em razão da exclusão dos reais interessados.....	219
8.3 Processo eletrônico: Forma de acesso ao processo aos interessados difusos.....	233
9. A TEORIA DA AÇÃO TEMÁTICA.....	237
9.1 Interesse e Direito.....	237
9.2 Representatividade adequada e Legitimação para agir na ação temática.....	243
9.3 O mérito participativo na ação temática.....	247
9.4 Ação temática no âmbito eleitoral: Uma solução	

para a proteção dos direitos coletivos <i>strictu sensu</i> e difusos no direito eleitoral.....	252
<i>9.4.1 Direitos coletivos strictu sensu no âmbito eleitoral.....</i>	<i>256</i>
<i>9.4.1.1 Convenções partidárias e outros direitos afetos aos interessados coletivos.....</i>	<i>256</i>
<i>9.4.2 Direitos difusos no âmbito eleitoral.....</i>	<i>257</i>
<i>9.4.2.1 Requerimento de registro de candidatura.....</i>	<i>257</i>
<i>9.4.2.2. Consulta.....</i>	<i>258</i>
<i>9.4.3 A ação de impugnação de mandato eletivo como única ação temática eleitoral pós-eleitoral.....</i>	<i>259</i>
<i>9.4.3.1 Reunião dos fatos das várias ações eleitorais em uma única ação eleitoral.....</i>	<i>261</i>
<i>9.4.4 Coisa julgada, conexão, litispendência e litisconsórcio.....</i>	<i>263</i>
<i>9.4.5 O ostracismo da legislação eleitoral.....</i>	<i>267</i>
10. CONCLUSÃO.....	272
ANEXO I. PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL.....	275
ANEXO II. PROPOSTA DE LEI COMPLEMENTAR.....	276
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	283

1. INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende investigar a legitimação de todos interessados difusos para propositura da ação de impugnação de mandato eletivo, como substituto da ação popular no âmbito eleitoral, com uma proposição em direção à efetividade à democracia como direito fundamental.

Nesse caminho, que será trilhado, defenderemos a natureza do Direito Eleitoral como verdadeiro Direito Coletivo para proteção dos direitos difusos: os direitos políticos e, ainda, a legitimidade de todos os interessados difusos para a propositura da ação de impugnação de mandato eletivo.

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil dá uma nova dimensão à Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário, com função jurisdicional, administrativa, consultiva e normativa. No ano de 1989, realizou-se a primeira eleição presidencial após a ditadura militar, sob a égide de uma Justiça Eleitoral autônoma e independente. É a partir de 1988 que as decisões da Justiça Eleitoral passam a ter relevância no mundo jurídico e se fazem sentir no seio da sociedade como um arauto de boas notícias, ou seja, a preservação do Estado Democrático de Direito realmente passa a ser realidade no Brasil, que dantes fora marcado por turbulências e golpes de Estado.

Ao lado do Código Eleitoral, foram editadas a lei complementar n. 64/90, lei n. 9.504/97, ambas com alterações posteriores e, de enorme importância, a inclusão do art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição da República de 1988. De fato, a introdução do art. 14 da CR/88 e das legislações citadas formam um verdadeiro arcabouço jurídico cujo fim é preservar a regularidade e o equilíbrio das eleições gerais (federais e estaduais) e municipais.

Esta pesquisa é importante na medida em que aprofunda na questão da legitimidade ativa ad causam dos interessados difusos e, ainda, busca trazer a lume a efetividade da Justiça Eleitoral mediante o arcabouço de ações colocadas à sua disposição para impedir a corrupção eleitoral/abuso de poder econômico eleitoral, mormente com o manejo da ação de impugnação de mandato eletivo, prevista no art. 14, §§ 10 e 11 da CR/88.

Tem-se visto a evolução da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de dar maior efetividade à ação de impugnação de mandato eletivo. Todavia, excluiu os reais interessados difusos como legitimados ativos para essa tão importante ação constitucional.

Conforme se pode perceber, o procedimento estabelecido nos artigos 3º e 22 da LC 64/90¹ não faz previsão à legitimidade dos reais interessados para o ajuizamento da ação de tamanha importância, como é a ação de impugnação de mandato eletivo.

A ação de impugnação de mandato eletivo, prevista no art. 14, §10 da CR/88, não dispõe de um procedimento próprio, pois a Constituição Federal criou a ação, mas não determinou a criação de regras processuais para sua efetivação, ou mesmo quais seriam usadas, se as do Código de Processo Civil, se as da Lei Complementar 64/90.

O procedimento, inclusive a legitimação ativa *ad causam*, foi inserido no sistema jurídico pela jurisprudência do TSE e não por lei como deveria ser. E nesse ponto acabou por excluir o real interessado como legitimado, uma vez que utilizou os procedimentos do art. 3º da LC 64/90, que é silente quanto a essa questão. Por isso, a importância de se discutir se tal exclusão está de acordo com os princípios constitucionais, mormente o direito fundamental à democracia.

Portanto, a pergunta a ser respondida é se todos os interessados difusos podem ser partes legítimas para propor a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - AIME (CR, Art. 14, §§ 10 e 11), uma vez que o Tribunal Superior Eleitoral limitou os legitimados, ao prever apenas aqueles elencados previstos na Lei Complementar n. 64/90.

Assim, o objetivo geral da pesquisa é demonstrar a necessidade de ampliar essa legitimidade para a ação de impugnação de mandato eletivo no combate do abuso de poder econômico, que finda por afrontar o princípio da probidade administrativa.

É assente na doutrina a necessidade de efetivação dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, individuais e coletivos, sendo que os direitos à democracia e ao sufrágio universal se transformaram em direitos fundamentais, que vinculam os governantes e

¹ BRASIL. *Lei Complementar n. 64/1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências.* <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 de janeiro de 2014. Veja-se: "Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

§ 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

§ 2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária.

§ 3º O impugnante especificará, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se for o caso, no máximo de 6 (seis).

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: (Vide Lei nº 9.504, de 1997). [...]"

operadores do direito e tornam o sistema jurídico aberto, dinâmico e modificador da realidade social.

Outrossim, Vicente de Paula Maciel Júnior² defende maior abertura do sistema coletivo para permitir a legitimação ativa a qualquer “*interessado na questão*”³.

Ainda, Elio Fazzalari preconiza que são habilitados a participar do processo todos “aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”⁴.

Igualmente, Gregório Assagra de Almeida coloca o Direito Eleitoral na categoria de Direito Coletivo Eleitoral⁵ e acentua que, a partir da Constituição Federal de 1988, há uma nova *summa divisio* constitucionalizada que o direito coletivo e direito individual e que a proteção dos direitos está relacionada ao direito individual ou ao direito coletivo⁶.

Daí porque a pesquisa pretende concluir que a ação de impugnação de mandato eletivo imprescinde da legitimação dos interessados difusos para manejá-la de forma a provocar a jurisdição, pois está incluída no rol de direitos fundamentais (CR, Art. 14, §§ 10 e 11) e tem como finalidade precípua preservar a igualdade entre os candidatos e evitar que o candidato ímprobo assumo o mandato eletivo.

² MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006, p. 11. Teoria das Ações Coletivas como ações temáticas, trabalho desenvolvido pelo autor no Pós-doutorado na Universidade Italiana “La Sapienza”.

³ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006.

p. 188. “[...] Por isso defendemos que em tema da legitimação para agir nas demandas coletivas possa haver a participação de qualquer interessado na questão. Se por um lado isso traz o inconveniente da possibilidade de participação de sem número de pessoas em um único processo, por outro lado resgata a participação efetiva na formação do provimento e permite que se estabeleça um sistema mais consistente na questão da preclusão das questões, a coisa julgada, a conexão e a litispendência. Para isso propomos que se adote o modelo de considerar as ações coletivas como ações temáticas, o que teria grande relevância principalmente nas questões referentes a direitos difusos. [...]”

⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119.

⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 568. Nas suas palavras em nota de rodapé: “O Direito Eleitoral é direito de dimensão predominantemente coletiva, pois visa tutelar o direito de toda coletividade à realização da vontade soberana de delegação do exercício do poder: Nada impede, contudo, que tenha dimensão individual, quanto ao plano do direito de cada cidadão, individualmente considerado, de votar e de ser votado.”

⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 397-398. In: “O sistema jurídico brasileiro, implantado com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não recepcionou a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado. A *summa divisio* constituicionalizada relativizada é Direito Coletivo e Direito Individual, insere no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais positivada no País (Título II, Capítulo I, da CF/88). [...] A nova *summa divisio* é relativizada, pois tem, em seu topo, o Direito Constitucional, representado pelo seu objeto formal, que é a Constituição como ponto de União e de conformação entre o Direito Coletivo e Direito Individual. A Constituição, na condição de Lei Fundamental, é composta por norma do Direito Coletivo e normas do Direito Individual, compondo-se também de normas gerais que têm incidência nos dois grandes blocos do Direito brasileiro.”

O abuso de poder econômico nas eleições sempre foi uma preocupação da sociedade, do Legislador e do Judiciário, uma vez que essa espécie de abuso macula a livre vontade do eleitor. Em 1988, o legislador criou na Constituição da República a ação de impugnação de mandato eletivo para coibir essa prática tão comum no Brasil.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral ao longo dos anos pacificou o entendimento de que a captação ilícita de sufrágio é uma espécie de corrupção/ abuso de poder econômico, caso tenha potencialidade para influenciar na vitória do candidato ímprobo.

José Jairo Gomes assevera que a ação de impugnação de mandato eletivo tem três fundamentos possíveis, a saber: abuso de poder econômico, corrupção e fraude, e, ainda, pontua que a corrupção envolve a negociação da atuação do candidato na Administração Pública⁷. O mesmo autor ainda ensina que, ante a ausência de procedimento próprio, podem figurar no polo ativo da ação de impugnação de mandato eletivo somente as seguintes partes: “[...] qualquer candidato, partido político, coligação ou Órgão do Ministério Público. Consoante se tem entendido, na ausência de regramento próprio, são legitimados para a causa os mesmos entes elencados no artigo 22 da LC n. 64/90⁸”.

A ação de impugnação de mandato eletivo é meio hábil para desconstituir o mandato do candidato que se serviu da corrupção eleitoral/abuso de poder econômico para se eleger. Todavia, a legitimidade tem de ser ampliada para alcançar todo interessado difuso, senão haverá comprometimento de sua efetividade.

Para efetivação dos direitos fundamentais, é necessário dar condições de igualdade de participação de todo interessado difuso na democracia mediante o processo como forma de provocar a jurisdição.

É nesse contexto que o surgimento da ação de impugnação de mandato eletivo se revela de suma importância para a proteção da democracia, mas não apenas pelos legitimados

⁷ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 558. "O primeiro consubstancia-se no mau uso do poder econômico, conforme já assinalado. A seu turno, a corrupção pressupõe necessariamente o desvirtuamento das atividades desenvolvidas por agente estatal, o qual mercandea, negocia ou trafica sua atuação na Administração Pública; em troca, aceita promessa ou efetivamente recebe vantagem ilícita. É próprio da corrupção a solicitação, a aceitação ou o recebimento de vantagem a título de contraprestação pela prática – omissão ou retardamento – do ato político-administrativo. A idéia de corrupção encontra-se umbilicalmente ligada à Administração estatal, tanto que o Código Penal consagrou-a no capítulo atinente aos “crimes contra a administração pública”. Não se pode olvidar que, embora não seja exclusiva do Brasil, a corrupção sempre esteve presente na história das instituições brasileiras. No presente contexto, é matizada pela influência no processo eleitoral. Deveras, não se pode desvincular a corrupção prescrita no §10 artigo 14 da Lei Maior das práticas eleitorais. A autoridade pública, desbordando dos lindes constitucionais, legais e regulamentares traçados para o exercício das funções do cargo que ocupa, age ou deixa de agir com vistas a favorecer determinada candidatura ou determinado grupo político. É irrelevante que o ato praticado encarte-se entre suas atribuições legais, pois isso não é bastante para retirar-lhe a mácula; importante é o seu sentido de influir indevidamente nas eleições."

⁸ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 565.

previstos na LC 6490, e sim pelos interessados difusos que são genuinamente atores principais nessa seara.

Indubitavelmente, o silêncio da CR/88 quanto à legitimidade não importa afirmar que excluiu os interessados difusos, pois a interpretação possível nesse caso não é de exclusão, mas inclusão de todos os órgãos governamentais ou não envolvidos no processo eleitoral e, mormente, os interessados difusos.

O abuso de poder econômico nas eleições sempre foi uma preocupação da sociedade, do Executivo, Legislativo e do Judiciário, uma vez que essa espécie de abuso macula a livre vontade do eleitor. Em 1988, o legislador criou na Constituição da República uma ação de impugnação de mandato eletivo para coibir essa prática tão comum no Brasil.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral ao longo dos anos é pacífica no sentido de que o abuso de poder econômico é danoso à sociedade, principalmente porque tem potencialidade para influenciar na vitória do candidato ímprobo. Todavia, nega legitimidade aos interessados difusos para a propositura da AIME, que, como dito, são os principais atores nas eleições.

Vale lembrar as palavras de Norberto Bobbio que os direitos fundamentais estão em constante mutação⁹. Assim, pode-se dizer que atualmente as comunidades estão dando grande valor ao direito ao sufrágio imaculado.

Então, nessa hora, o Estado deve interferir, pois sistema jurídico e sistema político¹⁰ devem se entender e, principalmente, em prol da comunidade, para aprimorar os meios de levar à comunidade as ideias políticas, convencê-la e não comprá-la. O debate de ideias é salutar e necessário para toda democracia e o Brasil é um Estado Democrático de Direito como preconiza a CR/88. Essa democracia se faz presente no momento do voto, pois é a partir

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18-19. “Em segundo lugar, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a historia destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. [...]”

¹⁰ TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. *Constituição, política e a ordem internacional herárquica. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann*. Editora CRV. Curitiba, 2011, p. 66. Conquanto o entorno seja básico, pois, não podemos perder de vista: o direito é um dos sistemas sociais, que convive ao lado de outros sistemas sociais como a economia, a política, sem falar ainda dos sistemas biológicos e físico-químicos, é preciso ter em mente que o está fora pode condicionar em certos casos e em maior ou menor escala, mas não determinar sua produção. O que estamos querendo dizer é que o sistema jurídico fazendo uso de seus próprios critérios filtra as mudanças cognitivas do entorno. [...].

do voto do eleitor que se estabelecerá um Estado verdadeiramente democrático, mas, diga-se, voto consciente do eleitorado e não “comprado”.

A sociedade tem expectativas de que seus direitos fundamentais, insculpidos na Constituição Federal, mormente no que diz respeito ao sufrágio universal, serão respeitados, de que as campanhas eleitorais serão ‘limpas’, imaculadas, sem “caixa dois”, captação ilícita de votos. Essas são expectativas legítimas às quais o Estado Social deve se ater.

Nesse ponto, a ação de impugnação de mandato eletivo tem função de desconstituir mandatos eletivos conseguidos de forma ímproba nas eleições, utilizando-se de campanhas eleitorais fraudulentas, descurada da moralidade que deve primar toda campanha política.

Desse modo, a não aceitação dos interessados difusos como legitimados para a ação de impugnação de mandato eletivo é equivocada, na medida em que subtrai deles o direito de proteger o sufrágio e de exercer a democracia, os quais não se podem exigir da Justiça Eleitoral a cassação de mandatos de candidatos ímprobos.

Deixar o Estado Democrático de Direito ser sustentado apenas por três legitimados, candidato, Partido/Coligação e Ministério Público Eleitoral (art. 3º da LC 64/90) é alijar os interessados de seu direito sagrado e constitucionalmente protegido, que é de ter uma representatividade não viciada, proba para dirigir os destinos do país.

Assim, partindo do novo modelo de processo coletivo, denominado ação temática, proposto por Vicente de Paula Maciel Júnior¹¹ e, ainda, o modelo de processo em procedimento em contraditório de Elio Fazzalari¹², teoria processual que, inclusive, explicitada por Aroldo Plínio Gonçalves¹³, pretende-se apontar a ação temática como uma proposta viável para resolver a questão da legitimação ativa nos processos judiciais eleitorais.

¹¹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 178-189.

¹² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 11-119. "Como repetido, o "processo" é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. [...] Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); a relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto - conspícuo ou modesto, não importa - de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deve prestar contas dos resultados."

¹³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 131-132. "Como procedimento realizado em contraditório, o processo caracteriza-se por ser uma atividade cuja estrutura normativa (organizada por uma forma especial de conexão das normas e dos atos por elas disciplinados) exige que, na fase que precede o provimento, o ato final de caráter imperativo, seja garantida a participação daqueles que são os destinatários de seus efeitos, em contraditório, ou seja, em simétrica igualdade de oportunidades, e, pelo "dizer e contradizer", que resulta da controvérsia sobre os atos, seja-lhes assegurado o exercício do mesmo controle sobre a atividade processual."

Prosseguindo, a presente pesquisa ocorrerá dentro de uma vertente jurídico-dogmática, tendo como objeto de estudo a legitimação ativa para propositura das ações coletivas eleitorais que são da competência da Justiça Eleitoral, considerando o sistema jurídico como um todo.

A metodologia a ser utilizada será a investigação do tipo jurídico-dedutivo-indutivo com caráter propositivo, pois tem como escopo proporcionar uma análise do sistema jurídico.

Portanto, os dados levantados e analisados serão tanto os primários, com destaque à consulta à legislação pertinente ao tema, quanto os secundários, como doutrina, jurisprudências, artigos de periódicos e eletrônicos.

Por fim, ressalta-se que a linha de raciocínio defendida no presente estudo não representa, em absoluto, ameaça à segurança jurídica. Ao contrário, visa preservar o Estado Democrático de Direito, bem como assegurar os direitos humanos fundamentais do cidadão, os quais estão previstos na Constituição da República, de 05.10.1988.

Foi utilizado, conforme Lakatos¹⁴, o método hipotético-dedutivo. Este método se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos acerca da qual formula hipótese e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese, no caso, a característica coletiva e popular da ação de impugnação de mandato eletivo.

Em consonância com os ensinamentos de Gustin; Fonseca Dias,¹⁵ foi utilizada a pesquisa teórica e como técnicas a documentação indireta, pesquisa bibliográfica.

Esta pesquisa foi do tipo interdisciplinar, uma vez que serão analisados conteúdos relativos ao direito eleitoral, constitucional, processual, para realçar as características de cada ramo do direito de forma que se possa extrair dele características da processualidade no Direito Eleitoral.

A pesquisa teve uma vertente jurídico-dogmática e será do tipo jurídico-propositiva. Serão analisados os vários tipos de ações eleitorais em cotejo com a legislação pertinente, para ao final propor algumas alterações procedimentais para melhor processar a ação de impugnação de mandato eletivo que seja adequada ao microssistema eleitoral. Será utilizado o raciocínio dialético.

¹⁴ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Moreira de Andrade. *Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 71.

¹⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. 2.ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 2013.

A pesquisa abrangeu consultas à jurisprudência, legislação, dados arquivados no Tribunal Superior Eleitoral e bibliotecas.

Com vistas a alcançar os objetivos propostos, a dissertação apresenta a introdução ao tema e os demais capítulos são estruturados nas seguintes partes:

No segundo capítulo, faz-se um histórico da evolução da Justiça Eleitoral; No terceiro capítulo, trata-se do Poder Judiciário na Constituição Federal e a competência da Justiça Eleitoral e sua função; No quarto capítulo, abordam-se os vários princípios previstos na Constituição e aplicados no Direito Eleitoral; No quinto capítulo, analisa-se a função judicial e administrativa eleitoral, dividindo-as por competência de cada juízo, trazendo a lume a função jurisdicional administrativa do Juiz, além de discorrer sobre as ações eleitorais em espécie; No sexto capítulo, trata-se da tutela jurisdicional coletiva eleitoral em suas dimensões coletivas, difusas e individuais; No sétimo capítulo, discorre-se sobre a legitimidade ativa para propositura das ações coletivas eleitorais, analisando os legitimados previstos na legislação eleitoral; No oitavo capítulo, aponta-se a utilização da tecnologia no Poder Judiciário como meio eficaz de expandir a legitimidade nas ações coletivas a todos os interessados difusos; No nono capítulo, faz-se uma exposição sobre a teoria da ação temática, que constitui marco teórico desta pesquisa e sua aplicação no âmbito eleitoral, bem como, ao final, propõe-se, além de sua aplicação aos procedimentos eleitorais, igualmente, a previsão de uma única ação coletiva eleitoral e, ainda, sua repercussão sobre os institutos da coisa julgada, conexão, litispendência e litisconsórcio; No décimo capítulo, conclui-se a dissertação, procurando contribuir com o Direito Eleitoral, propondo a extensão da legitimidade ativa ad causam a todos interessados difusos e, ainda, a previsão de uma única ação coletiva eleitoral, de forma a cumprir os ditames do Estado de Democrático de Direito e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

2. O NASCIMENTO DA JUSTIÇA ELEITORAL

O Direito Eleitoral, como o Direito Militar e do Trabalho, é um dos ramos do Direito que dispõe de uma Justiça Especializada, a Justiça Eleitoral.

A Justiça Eleitoral foi instaurada em plena Revolução de 1930 e em razão da desconfiança dos revolucionários de que o processo eleitoral, à época, era viciado, pois, segundo eles, servia para manter o poder das oligarquias da chamada Primeira República – 1889-1930. Não se pretende aprofundar nos ideais da Revolução de 1930 (fazer uma citação da história). Todavia, Tito Costa esclarece que:

Um dos mais importantes frutos da renovação política operadas no Brasil, como conseqüência da revolução de 1930 foi, sem dúvida, a instituição da Justiça Eleitoral. Buscou-se, com ela, alcançar um índice satisfatório de legitimidade eleitoral, no dizer de Cláudio Pacheco. E temos visto que, a partir de seu surgimento, o processo eleitoral vem ganhando cada vez mais em limpidez de resultados e na melhoria, sempre crescente, do mecanismo de seu funcionamento¹⁶.

Foi no ambiente da Revolução de 1930 que foi editado o Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 o qual instituiu o primeiro Código Eleitoral no país.

Contudo, registre-se que na Constituição de 1824, mais precisamente em seus artigos 90 a 97, já constavam algumas normas eleitorais, podendo até dizer que o germe da Justiça Eleitoral nasceu dessa Constituição¹⁷. Joel José Candido assevera que a referida Constituição:

Dispôs sobre eleições indiretas para deputados e senadores para a Assembléia Geral e Conselhos Gerais das Províncias; sobre quem podia, ou não, votar nas Assembléias Paroquiais e sobre quem era elegível, legando à lei "lei regulamentar" a missão de marcar o modo prático das eleições, e o número de deputados relativamente à população do Império" (art. 90-97)¹⁸.

O Código Eleitoral de 1932¹⁹ regulava o alistamento dos eleitores e trazia como importantes inovações a instituição do voto feminino e do voto secreto e estabelecia a criação da Justiça Eleitoral, subtraindo do Poder Legislativo o controle sobre seu próprio processo de

¹⁶ COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 4ª edição, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 28.

¹⁷BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm. Acesso em 18 de fevereiro de 2014.

¹⁸ CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11ª edição. São Paulo: Edipro, 20005, p. 23.

¹⁹Brasil. *Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932*, institui o Código Eleitoral. <Http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=33626>. Acesso em 18 fevereiro de 2014.

renovação. Com esse Código Eleitoral, a Justiça Eleitoral passou a regular as eleições em todos os níveis da federação.

Criou-se também em maio de 1932 o Tribunal Superior Eleitoral. Com a criação da Justiça Eleitoral a pretensão volta-se para a moralização das eleições à época, uma vez que não se podia confiar nos órgãos que as realizavam anteriormente, os quais não tinham imparcialidade²⁰.

²⁰ RIBEIRO. Fávila. *Direito eleitoral*. 4ª ed. Forense, 1997, p. 115-117. "Aspectos embrionários da Justiça Eleitoral nas vertentes parlamentares britânicas - Equivocar-se-ia quem supusesse que a Justiça Eleitoral devesse seu aparecimento institucional a surtos imaginosos motivados pela preocupação com as desfigurações acumuladas contra a veracidade do sufrágio eleitoral, planejando o seu desmembramento na estrutura judiciária, para ocupar setor especializado nesse mesmo campo de atividade, com peculiar método de recrutamento de seus membros e com procedimentos operativos próprios, desde o alistamento dos eleitores até a emissão dos diplomas representativos, superando todos os seus questionamentos, dando, enfim, a garantia da legitimidade eletiva.

Para desvendar os componentes genéticos da Justiça Eleitoral há necessidade de recuada prospecção histórica, tendo de examinar a própria etiologia do sistema representativo da Inglaterra, vendo-o já em adiantada fase, sendo aquela surpreendida ainda em estado embrionário, quando nas esferas parlamentares foi sentida a necessidade da instauração de idôneo e imparcial sistema de controle de eleições.

Comporta salientar que a aplicação da regra de temporariedade para os magistrados eleitorais afastava necessariamente a existência de ter o seu quadro próprio, mas nem por isso ficaram descuradas as indispensáveis garantias para o exercício das funções judiciais, uma vez que os seus membros são recrutados dentre integrantes de outros órgãos judiciários, os quais assim transplantam as garantias que lhes pertencem, salvo apenas para a categoria de juristas, indicados em listas de advogados nomeados pelo Chefe de Estado, todos sendo indemissíveis durante o período de investidura, criando-se essa modalidade conciliatória para reforçar o sistema representativo com todas as cautelas institucionais para sua lisura, a partir da ilibada ação da Justiça Eleitoral.

Fica assim demonstrado que o vulto da preocupação que se reflete na montagem da Justiça Eleitoral pela esmerada forma em que foi enfrentado o problema de manter inabalável a isenção de seus membros, primeiro pela temporariedade desses desempenhos judicantes, segundo por impedir que a condição de magistrado eleitoral prolongue-se por duas idênticas eleições, com isso pretendendo se evitar que se acumulem interesses contrariados com suas negativas sequelas de um para outro pleito.

Nessa recomposição poderia adotar-se como paradigma a linha metodológica usada por Tucídes, e assim analisada por Werner Jaeger ao tratar da interpretação de natureza política, que para ele não residia "numa ética qualquer ou numa filosofia da história, nem numa idéia religiosa. A política é um mundo regulado por peculiares leis imanentes, que só se podem descobrir se considerarmos os acontecimentos, não isoladamente, mas em ligação com o seu curso total. É nesta profunda intuição da essência do acontecer político que Tucídes é superior a todos os historiadores antigos". E arremata logo adiante: "é no próprio acontecer concreto que a necessidade política é apreendida."

De fato, o advento do sistema representativo diretamente implicado à eletividade popular teria de desencadear, mais cedo ou mais tarde, delineamentos institucionais nas esferas parlamentares, embora de lá se deslocassem para outra área funcional em que melhor se adaptassem, principalmente pelas justificadas apreensões dos que tinham essas origens e delas deveriam depender em suas renovações, tendo necessidade de objetivas garantias de autenticidade material e formal dos resultados, impedindo usurpações, para isso se afigurando de suma importância o tipo de órgão a que ficasse atribuído o controle do processo eleitoral.

É de razoável compreensão que a representatividade política e a eletividade como dois pólos do mesmo sistema, em certo momento da trajetória parlamentar passassem a reclamar desenvolvimento emparelhado, diante das confrontações inerentes às disputas políticas, assinalando expansões e declínios, provocando desacomodações sempre que alguns pontos de mudança eram acrescentados, tanto mais que se tratava de gradual aprimoramento na concepção de poder.

Releva considerar que a Inglaterra nem sempre teve um sistema eleitoral a merecer encômios. As exaltadas virtudes de sua organização eleitoral demandaram lento trabalho de sedimentação.

Jacques Cadart, focalizando o sistema eleitoral inglês, teve ensejo de pincelar um quadro verdadeiramente deprimente:

"Os eleitores eram vendidos a preços variáveis, segundo a importância do corpo eleitoral, mas que podiam atingir a várias centenas de libras, senão muitos milhares, envolvendo ainda distribuição de bebidas, de refeições e de cargos públicos."

O Segundo Código Eleitoral foi editado em 1935, mantendo as conquistas e avanços anteriores.

Também, a Lei nº 48, de 4 de maio de 1935, instituiu novo Código Eleitoral²¹, criando o alistamento e o voto feminino era obrigatório para as mulheres que exercessem atividade remunerada. Regulamentou, ainda, amplamente as atribuições do Ministério Público Eleitoral no processo eleitoral.

Sem dúvida, a Constituição de 16.07.1934 foi a primeira a criar o Tribunal Superior Eleitoral - TSE, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais, passando esses órgãos a gozarem de status constitucional, competindo à Justiça Eleitoral o processo das eleições federais, estaduais e municipais²².

No entanto, no ano de 1937, com o início do Estado Novo, eminentemente ditatorial, foi extinta a Justiça Eleitoral, sem muita polêmica.²³ Costa ressalta que a Constituição de 1937 não fez referência à Justiça Eleitoral, pois não “[...] era intenção da “nova ordem” preocupar-se com eleições²⁴”.

Em 1945, é instituído outro Código Eleitoral, por meio do Decreto-Lei n. 7.586, de 25.05.1945, chamada Lei Agamenon²⁵, em homenagem ao Ministro da Justiça Agamenon Magalhães²⁶ que restabeleceu a Justiça Eleitoral e trouxe como grande novidade a exclusividade dos partidos políticos na apresentação dos candidatos, tendo esse Código

Por essas e muitas outras desfigurações, considera o autor invocado que "os britânicos tiveram durante mais de três quartos do século XIX um dos sistemas eleitorais mais corrompidos que jamais existiram." Acrescenta, porém, logo a seguir, que "a partir de 1885, a honestidade de suas eleições é um modelo para o resto do mundo."

Não foi um processo evolutivo fácil, pode de logo ser aquilatado, considerando a complexidade e a extensão das mudanças, ainda que muitas vezes os contendores se compunham em eventuais transações, reduzindo o fragor da avalanche, contendo rupturas violentas, desarmando, quando as circunstâncias permitiam, os radicalismos nas contraposições parlamentares e assim desacelerando as transformações em andamento."

²¹BRASIL. Lei nº 48, de 4 de maio de 1935, institui o Código Eleitoral. [Http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm](http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm). Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

²² COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 4ª edição, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 28.

²³ COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 4ª edição, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 29.

²⁴ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 29.

²⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945, institui o Código Eleitoral, que regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional n. 9, de 28 de fevereiro de 1945. [Http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=26767](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=26767). Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

²⁶Brasil. *Decreto-Lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945, institui o Código Eleitoral*, que regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional n. 9, de 28 de fevereiro de 1945. [Http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=26767](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=26767). Acesso em 20 de janeiro de 2014.

vigorado, com poucas alterações, até o advento do Código Eleitoral de 1950, instituído pela Lei n. 1.164, de 24 de julho de 1950²⁷.

A Justiça Eleitoral é recepcionada na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, em seu art. 109,²⁸ embora tenha apenas uma função de organização das eleições para Vereador, Prefeito, Deputado Estadual e Deputado Federal, em razão da própria conjuntura política da época. Ressalte-se que inexistiam ações judiciais no Código Eleitoral que tivessem alguma efetividade na cassação de registro de candidato.

Esclarece Cerqueira que: “A *Constituição de 1934* constitucionalizou a *Justiça Eleitoral; a Carta de 1937, em plena ditadura, tornou inócua a Justiça Especializada, e a Constituição de 1946 reestruturou novamente a Justiça Eleitoral*”²⁹.

A Lei n. 4.737 instituiu novo Código Eleitoral, em 15 de julho de 1965, que se encontra em vigor atualmente³⁰.

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil faz renascer a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário, com função jurisdicional, administrativa, consultiva e normativa. No ano de 1989, realiza-se a primeira eleição presidencial após a ditadura militar, sob a égide de uma Justiça Eleitoral autônoma e independente. É a partir de 1988 que as decisões da Justiça Eleitoral passam a ter relevância no mundo jurídico e se fazem sentir no seio da sociedade, como um arauto de boas notícias, ou seja, a preservação do Estado Democrático de Direito realmente passa a ser realidade no Brasil, que dantes fora marcado por turbulências e golpes de Estado.

Ao lado do Código Eleitoral, foram editadas a lei complementar n. 64/90, lei n. 9.504/97 e, de enorme importância a inclusão do artigo 14, §§ 10 e 11, da Constituição da República de 1988 – Ação de impugnação de mandato eletivo – AIME. De fato, a introdução do art. 14 da CR/88 e as legislações citadas formam um verdadeiro arcabouço jurídico cujo fim é preservar a regularidade e o equilíbrio das eleições gerais (federais, estaduais) e municipais.

Deve-se consignar que as decisões emanadas da Justiça Eleitoral começam a ser delineadas de forma a contribuir efetivamente para a formação do Estado Democrático de

²⁷Brasil. Lei n. 1.164, de 24 de julho de 1950, institui o Código Eleitoral. [Http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm](http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm). Acesso em 20 de janeiro de 2014.

²⁸Brasil. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm). Acesso em 20 de janeiro de 2014.

²⁹CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006, p. 101.

³⁰BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, institui o Código Eleitoral. Código Penal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Direito. Todavia, não há muito avanço em razão da utilização do processo individual para demandas coletivas, o que afasta a participação dos reais interessados difusos na construção da democracia mediante a fiscalização do voto.

3. PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A teoria da Separação dos Poderes (ou da Tripartição dos Poderes do Estado) é a teoria de ciência política desenvolvida por Montesquieu no livro "O Espírito das Leis" escrito em 1748 no qual ele passa a chamar o terceiro poder de poder judiciário. Veja-se:

Há em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado produz as leis para um certo tempo ou para sempre e retifica ou ab-roga aquelas que são produzidas. Mediante o segundo, ele produz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadores, estabelece a segurança, previne as invasões. Mediante o terceiro, ele pune os crimes ou julga as diferenças dos indivíduos. Chamaremos este último de poder judiciário e o outro simplesmente de poder executivo do Estado³¹.

Aristóteles, em sua obra "A política", já havia estudado concretamente várias Constituições, a ponto de afirmar que o exercício do governo não deveria ficar nas mãos de um só governante. Segundo Kildare Gonçalves Carvalho, "O princípio da separação dos Poderes encontrou em Montesquieu seu expoente máximo. Antes, porém, Aristóteles, na Antiguidade grega, havia tratado o tema, ao distinguir a assembleia geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário (deliberação, mando e julgamento)³².

Também, Locke e Bolingbroke, segundo Carvalho,³³ formularam a teoria da separação dos poderes, considerando a realidade constitucional inglesa. Para Locke havia três poderes: Legislativo, Executivo e Federativo. Todavia, o filósofo Montesquieu, no livro "O Espírito das leis", além da função legislativa e executiva, acrescentou a função judicial ao tratar do princípio da separação dos poderes.

Ainda de acordo com Carvalho³⁴, a ideia de Montesquieu era retirar poderes do Estado, dividindo-o em funções, sendo que cada órgão do Estado teria uma função. A divisão se deu na seguinte forma: Executivo, Legislativo e Judiciário.

³¹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (1689-1755). *Do espírito das leis*. Tradução, introdução e notas Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2004, p. 189.

³² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 108.

³³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 108.

³⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 108.

Em regra, incumbia ao Executivo a execução das leis, ao Legislativo a feitura das leis e ao Judiciário a aplicação das leis. Naturalmente, todos esses órgãos exercem as competências uns dos outros em menor escala, prevalecendo, naturalmente, a essência de suas funções delineadas na Constituição.

Indubitavelmente, a ideia da separação dos poderes é pedra angular na Constituição da República que delinea as funções de cada órgão do Estado, atribuindo ao Poder Judiciário o exercício da jurisdição, de acordo com Grinover³⁵.

O Poder Judiciário é o órgão que detém a jurisdição, de acordo com Grinover³⁶. Esse importante órgão tem a função de dirimir, quando provocado, os conflitos existentes em uma relação entre pessoas (física, jurídica), aplicando ao caso concreto a lei.

A Justiça Eleitoral, como órgão do Poder Judiciário, tem a missão de conduzir todo o processo eleitoral, assim como a de aplicar a legislação eleitoral nos casos em que ela for subvertida e veremos que ela tem função administrativa, típica e atípica, e jurisdicional.

De fato, a Justiça Eleitoral ao longo dessas décadas passou por vários percalços, não se firmando como um verdadeiro órgão jurisdicional. Os Códigos Eleitorais não previam ações judiciais eleitorais com o fim de enfrentar a corrupção eleitoral que grassava à época e ainda persiste mesmo com a edição de várias leis para coibi-la e, ainda, com o "bálsamo" tecnológico das urnas eletrônicas.

3.1 A complexidade da competência da Justiça Eleitoral

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Justiça Eleitoral renasce como verdadeiro órgão do Poder Judiciário, com função jurisdicional, administrativa, normativa e consultiva, mas, dessa vez, com autonomia e independência de modo a fazer cumprir suas decisões.

De qualquer forma, os brasileiros em geral (inclusive a grande maioria dos servidores da Justiça Eleitoral) não conhecem bem a função da Justiça Eleitoral, a ponto de pensarem

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; Antônio Carlos de Araújo Cintra; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 38.

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; Antônio Carlos de Araújo Cintra; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 131. “Da jurisdição, já delineada em sua finalidade fundamental no cap. 2, podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).”

que essa Justiça somente tem função administrativa. Todavia, por ser parte do Poder Judiciário, a sua função precípua é o exercício da Jurisdição, dirimir os conflitos ocorrentes no processo eleitoral. Se assim não fosse, poder-se-ia atribuir a função de organizar as eleições para qualquer outro órgão da Administração Pública Federal.

Decerto, a efetividade das decisões proferidas pela Justiça Eleitoral começa a ser percebida somente com a edição do art. 14, §§10 e 11 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ao criar a ação de impugnação de mandato eletivo e as representações previstas nos arts. 30-A, 41-A, 73 e 96 da Lei n. 9.504/97, bem ainda a ação de registro de candidatura e ação de investigação judicial eleitoral estabelecida nos art. 2º a 16 da e 22 da Lei complementar n. 64/90, respectivamente.

3.2 Composição da Justiça Eleitoral

Como asseverado, no Brasil, o sistema eleitoral é de competência dos órgãos da Justiça Eleitoral por força do art. 118 da Constituição Federal³⁷.

Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:
I - o Tribunal Superior Eleitoral;
II - os Tribunais Regionais Eleitorais;
III - os Juízes Eleitorais;

³⁷ BRASIL. Constituição Federal. www.planalto.gov.br. Acesso em 20 de janeiro de 2014. In:

Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:

I - o Tribunal Superior Eleitoral;

II - os Tribunais Regionais Eleitorais;

III - os Juízes Eleitorais;

IV - as Juntas Eleitorais.

Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II - de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

§ 2º - O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente- dentre os desembargadores.

IV - as Juntas Eleitorais.

A Constituição da República estabeleceu uma composição da Justiça Eleitoral de forma híbrida, com ministros, desembargadores, advogados, juízes estaduais, juízes federais.

Como se pode verificar, a composição do Tribunal Superior Eleitoral contempla a presença nesse órgão de três ministros do Supremo Tribunal Federal. O Supremo é a instância recursal das decisões do TSE. Assim, o ministro do STF, que toma assento no TSE, participará simultaneamente de um órgão que toma uma decisão e de outro responsável pela revisão e controle dessa decisão.

O Tribunal Superior Eleitoral não possui quadro próprio, sendo composto por no mínimo sete membros, quais sejam três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça e dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Com base no art. 119, da Constituição Federal, o Tribunal Superior Eleitoral elege seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça. Cada um dos juízes deverá servir por um biênio (dois anos) e no máximo por dois biênios, exceto por motivo justificado. O juiz federal em regra serve por um biênio em razão de norma específica nos Tribunais Regionais Federais.

Entende-se que é inadmissível a participação de Ministros do Supremo Tribunal Federal na composição do Tribunal Superior Eleitoral, eis que os Ministros da Suprema Corte que tiverem participado do julgamento no Tribunal Superior Eleitoral irão repetir, no STF, o mesmo voto proferido na instância anterior, vulnerando, por conseguinte, a parcialidade que deve existir no julgamento de qualquer processo.

O que se tem visto, nos julgamentos de processos oriundos do TSE, é, sempre e sempre, os Ministros do STF, com assento no TSE, repetirem e confirmarem os votos já proferidos na instância inferior, havendo até, de parte de alguns, a exagerada preocupação na defesa da posição antes adotada, como se fora esta a correta, intocável e inatingível, ainda que vencedora por maioria escassa de votos. O TSE é instância inferior ao Supremo Tribunal Federal, jamais podendo abrigar a veleidade de querer equiparar-se a este último”³⁸.

³⁸ CRUZ. José Ribamar Ferreira da Silva. *Prejudicialidade decorrente da presença de Ministros do Supremo Tribunal Federal na composição do Tribunal Superior Eleitoral: previsibilidade de votos*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18638/prejudicialidade-decorrentedapresenca-deministros-do-supremo-tribunal-federal-na-composicao-do-tribunal-superior-eleitoral-previsibilidade-de-votos>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

O art. 134 do Código de Processo Civil dispõe que “*é defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão*”. Assim, o correto seria o Ministro do TSE que participou do julgamento naquela Corte Eleitoral dar-se por impedido no STF, em razão do disposto no art. 134, III, do CPC.

Além do mais, a repetição de Ministros do STF na composição da Corte do TSE fere o princípio do duplo grau de jurisdição. É imprescindível para que exista duplo grau de jurisdição, conforme Neves,³⁹ a distinção entre os órgãos jurisdicionais (juízes) que, respectivamente, proferem a primeira decisão e que a reexaminam.

3.3 Funções da Justiça Eleitoral

Para cumprir o seu papel, a Justiça Eleitoral, de acordo com Jairo Gomes⁴⁰ desempenha várias funções, mais precisamente, as seguintes: *administrativa, jurisdicional, normativa e consultiva*. Sem tais funções, essa justiça especializada não conseguiria organizar e obter êxito na condução das eleições.

A função *jurisdicional* da Justiça Eleitoral, indubitavelmente, sobrepõe à administrativa, normativa e consultiva. É certo que a função *administrativa* é de grande importância, uma vez que sem esta, a Justiça Eleitoral não seria capaz de preparar, organizar e administrar todo o processo eleitoral. Porém, impende ressaltar que a Justiça Eleitoral somente existe porque tem jurisdição, ou seja, a criação de um Tribunal Eleitoral no sistema brasileiro, embora por escolha política dos legisladores, somente se justifica para dirimir e por fim a conflitos por meio de uma sentença/acórdão que faça lei entre as partes. Sobre essa função, será realizado um estudo mais aprofundado em capítulo próprio.

Entenderam que as eleições no Brasil deveriam ser realizadas pelo Poder Judiciário Federal – uma Justiça Especializada – e não por nenhum outro órgão da Administração Federal.

³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de direito processual civil. São Paulo: Método, 2010. p. 549. In: “Parece não existirem maiores discussões a respeito do conceito de duplo grau de jurisdição, entendido como a possibilidade de revisão da solução da causa, ou seja, a permissão de que a parte possa ter uma segunda opinião concernente à decisão da causa. Essa possibilidade de reexame da decisão da causa constitui o elemento básico do princípio ora analisado. A polêmica sobre o conceito do princípio do duplo grau de jurisdição se refere à espécie de revisão pela qual passará a decisão da causa; mais especificamente, se a revisão deverá ou não ser feita por órgão jurisdicional hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão impugnada.”

⁴⁰ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 53.

Assim, não só compete à Justiça Eleitoral – função *jurisdicional* – dirimir conflitos decorrentes do processo eleitoral, tais como processar e julgar os processos por captação ilícita de sufrágio, abuso de poder econômico, corrupção, fraude, etc., mas, também, fiscalizar e regular todo o processo das eleições brasileiras. Esta última é função eminentemente administrativa, enquanto aquela é jurisdicional. Deve-se frisar que a função administrativa (típica e atípica) exercida pela Justiça Eleitoral é de suma importância para que possa cumprir sua missão constitucional, qual seja, conduzir o processo eleitoral.

Com efeito, a função administrativa é anômala, embora típica dessa Justiça, pois, no ordenamento jurídico, essa é a única Justiça que exerce função administrativa típica e jurisdicional. Sobre a função administrativa aprofundaremos em capítulo próprio.

Outra função bastante questionável da Justiça Eleitoral é a normativa, prevista no art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral e art. 105, da Lei n. 9.504/97, *in verbis*:

Código Eleitoral

Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,

[...]

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

Lei n. 9.504/1997

Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).

O Superior Tribunal Eleitoral a cada eleição expede inúmeras resoluções para dar cumprimento às leis-infraconstitucionais eleitorais para que possa conduzir as eleições de forma equilibrada e organizada.

Castro afirma que o TSE considerou que essas resoluções têm força de lei:

Essa função normativa foi objeto de exame pelo próprio TSE, que decidiu que suas resoluções têm força de lei ordinária (19). Como já se disse, as resoluções facilitam sobremodo o trabalho dos operadores do Direito Eleitoral, porque o TSE acaba consolidando nelas não só toda a legislação eleitoral em vigor, como também sua jurisprudência mais recente e o resultado das consultas a ele dirigidas. São elas, por conseguinte, fonte segura para Juízes, Promotores, Advogados, candidatos e Partidos Políticos⁴¹.

⁴¹ CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 57-58.

Entretanto, Jairo Gomes aduz que, de fato, resolução tem força de lei, mas não se deve confundir com lei, pois vige no sistema pátrio o princípio da legalidade previsto no art. 5º, inciso II:

[...]

Assim, as Resoluções expedidas pelo TSE ostentam força de lei. Note-se, porém, que ter força de lei não é o mesmo que ser lei! O ter força, aí, significa gozar do mesmo prestígio, deter a mesma eficácia geral e abstrata atribuída às leis. Mas estas são hierarquicamente superiores às resoluções pretorianas. Impera no sistema pátrio o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), pelo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Reconhece-se, todavia, que as resoluções do TSE são importantes para a operacionalização do Direito Eleitoral, sobretudo das eleições, porquanto consolidam a copiosa e difusa legislação em vigor. Com isso, proporcionar-se mais segurança e transparência na atuação dos operadores desse importante ramo do Direito⁴².

3.3.1 Entrelaçamento da função normativa à função legislativa: Judicialização da política

A judicialização da política é fenômeno recente, pois começou a ocorrer após a Constituição da República de 1988. Tem ocorrido no âmbito de todos os Tribunais, mas podemos perceber mais fortemente no Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Eleitoral.

Analisar-se-á o tema apenas sob o aspecto do Direito Eleitoral que é o nosso foco, tomando como parâmetros algumas decisões do TSE acerca de matérias relevantes na vida dos partidos políticos e dos detentores de mandato eletivo, como, por exemplo, a infidelidade partidária.

A questão da infidelidade partidária, é de observar, sempre foi tratada *interna corporis*, sendo que, quando o filiado se sentia lesado, recorria à Justiça Comum Estadual.

O Poder Judiciário somente atuava quando provocado, sempre foi assim. Inclusive é um princípio comezinho de direito que diz que a jurisdição é inerte. Desse modo, o Poder Judiciário não pode e não deve pretender substituir o legislativo, e editar normas de caráter abstrato, sob o risco de se tornar legislador e aplicador da lei.

Por isso, a Resolução nº 22.610/2007 viola o princípio da separação de poderes, um dos princípios basilares do Estado Brasileiro (art. 2º da Constituição), extrapolando a competência atribuída ao Judiciário, que é aplicar o direito ao caso concreto, por criar obrigações e restringir direitos subjetivos. Ademais, compete à União legislar sobre direito

⁴²GOMES, José Jairo, *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 62-63.

eleitoral, nos termos do inciso I, do art. 22 da Constituição. Portanto, tal Resolução padece de inconstitucionalidade formal e material. Primeiro, somente, os legitimados poderiam iniciar o projeto de lei em matéria de direito eleitoral; segundo, somente o Congresso pode editar tal lei. Então onde entraria a competência do TSE? Somente para aplicar a lei. Isso é óbvio.

Igualmente, o TSE, ao legislar sobre a questão, criou uma competência que não tinha até então, pois compete à Justiça Comum Estadual, aos juízes singulares, processar e julgar matéria atinente à infidelidade partidária.

Nenhuma Resolução pode inovar a ordem jurídica, pois a competência dos Tribunais Superiores restringe-se a expedir instruções e a responder consultas, inclusive sobre matéria eleitoral (art. 23, IX e XII do CE), sob o risco de exceder no seu poder normativo. Por expedição de instruções, deve-se entender que o TSE apenas pode explicitar regras normativas, regulamentar procedimentos, mas nunca criar uma obrigação de fazer ou não fazer⁴³.

Com certeza, a Resolução citada acima é completamente inconstitucional porque afronta o art. 5º, inciso II, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Assim, a produção legislativa expedida pelo Poder Judiciário apenas pode versar sobre matérias não previstas em lei, que visem a normatizar os trabalhos afetos à sua jurisdição. Por isso, a edição de Resolução pelo Poder Judiciário não pode confundir com lei, pois esta tem caráter genérico e abstrato e vale para todos os cidadãos da República.

Destarte, a infidelidade é causa de perda de mandato eletivo, por isso o TSE criou um instituto (fidelidade partidária) que somente poderia ser criado por lei, afrontando também a Constituição da República. Esta prevê que os direitos e garantias se aplicam também aos candidatos. Lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal votou pela constitucionalidade da citada Resolução.

⁴³GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2012. p. 68.

Acrescente-se que inexistente no ordenamento jurídico norma que preveja a perda de mandato eletivo em razão de troca de partido ou cancelamento de filiação partidária. As normas pertinentes à perda de mandato eletivo estão previstas nos arts. 55 e 14, §10 da CR/88.

Por fim, vale dizer que somente uma Emenda Constitucional, votada e aprovada em dois turnos, pelo Congresso Nacional, pode acrescentar uma causa de perda de mandato eletivo, sendo inconstitucionais quaisquer Resoluções emanadas do Poder Judiciário ou mesmo do Legislativo, Executivo que trate da matéria.

Por isso, frise, mais uma vez, lamentável o equívoco de interpretação do Supremo Tribunal Federal na sua decisão pela constitucionalidade da Resolução nº 22.610/2007.

Nesse caso, sequer poderia haver autorização legislativa para que o TSE editasse norma restritiva de direitos. Deve-se salientar que o Poder Judiciário deve cumprir normas e não editá-las ou mesmo receber delegação para tal. Isso é estranho à competência constitucional do Poder Judiciário.

Quanto à obrigatoriedade da verticalização das coligações estaduais em função da coligação federal, tem-se que a Emenda Constitucional nº 52, editada em 08 de março de 2006, alterou o §1º, do art. 17 da CF/88, para coibir a interpretação retirada do art. 6º, caput, da Lei das Eleições, que previa uniformidade e verticalização para as coligações no que tange às eleições presidenciais, federais e estaduais, *in verbis*:

1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)

Após a modificação introduzida pelo Constituinte Derivado, os partidos ficaram livres para coligarem com quem quiserem (respeitadas algumas emanações ainda existentes, resultantes do art. 6º, caput, da Lei das Eleições, como a vedação à pluralidade de alianças para o pleito majoritário estadual).

Desse modo, um partido “X” pode coligar com um partido “Y” nas eleições Presidenciais sem a obrigatoriedade de repetir tal arranjo nas eleições para Governador.

Ressalte-se que na ADIN nº 3685-8 foi decidido que a alteração introduzida pela mencionada emenda constitucional não se aplicaria às eleições de 2006, portanto, foi aplicada

àquela eleição a redação original do artigo, ou seja, ainda vigoraria as regras de uniformidade e verticalização.

Assim, a eliminação da verticalização foi um retrocesso, pois os partidos que decidem se unir têm uma identidade de programas e ideologias, sendo que tornar obrigatória a vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal é uma forma de garantir que partidos com discursos antagônicos não se coliguem.

As decisões do TSE, no que tange à edição de Resolução para coibir mudança de partido e também a inovação à legislação eleitoral e partidária do Brasil, sem autorização legislativa, não contribuíram em nada para o aperfeiçoamento do sistema eleitoral e partidário brasileiro. Isso se explica pelo fato de que elas geraram uma insegurança jurídica e desvirtuou o sistema, na medida em que não houve discussão acerca das mudanças, sendo certo que se o Congresso tivesse de editar lei haveria uma ampla discussão acerca do tema. O pleno do TSE unilateralmente decidiu pela alteração sem levar em conta a vontade do povo e dos partidos políticos. O TSE não pode ter tal prerrogativa, pois, caso contrário, serão desconsideradas todas as conquistas que a sociedade obteve ao longo dos séculos, e uma delas é a tripartição dos poderes.

A chamada judicialização da política deve ser repensada, pois se o Judiciário resolve adentrar em questões que não lhe dizem respeito corre o risco de tomar para si uma responsabilidade que não tem amparo constitucional. É claro que, ao interpretar a lei, o judiciário deve se ater aos ditames da Constituição e se a lei é contrária à Constituição, deve-se decidir sempre de acordo com esta. No entanto, a judicialização da política não deve servir de supedâneo para que o Judiciário usurpe funções do Legislativo e Executivo.

Assim, o ativismo judicial não pode chegar ao ponto de dizer que o Legislativo não cumpriu seu papel, portanto, o Judiciário deverá fazer as suas vezes.

A politização da justiça pode ser perigosa, pois ao deixar o Poder Judiciário fazer políticas públicas, corre-se o risco de se terem decisões unilaterais, realizadas por alguns juízes, que não têm de dar satisfação aos eleitores e nem têm autorização constitucional.

Não enaltece a Democracia a criação de verdadeiras leis pelo TSE, sem que haja uma discussão acerca do tema e sem que haja audiências públicas. Por isso, não é democrático a intromissão do TSE na feitura de leis, sob o argumento de que houve omissão do Legislativo.

A Justiça Eleitoral, após a CR/88, passou a exercer seu papel de órgão jurisdicional no que tange ao julgamento das ações coletivas: ação constitucional de impugnação de mandato eletivo; ação de investigação judicial eleitoral e representações, devendo ser lembrado que

inexistiam ações que cassassem registro, diploma ou mandato, anteriormente à Constituição Federal.

Todavia, devemos perguntar até que ponto essa efetividade dada a essas ações coletivas não subtraem do eleitor o direito de votar em seu candidato ou partido político, uma vez que, muitas das vezes, cassa-se um candidato em razão da compra de um voto ou mesmo em razão de um programa social realizado no município, que no entender da Justiça Eleitoral configura, em alguns casos, abuso de poder econômico.

Há um grande risco para a Democracia se a Justiça Eleitoral passa a substituir a vontade do povo ou mesmo a vontade do legislador.

Vê-se o viés autoritário do Tribunal Superior Eleitoral ao editar resoluções com força de lei em sentido amplo. É interessante que esse Tribunal, sob o pretexto de regulamentar normas eleitorais, não privilegiou o Estado Democrático de Direito ao atribuir legitimidade ao interessado difuso para propor a ação de impugnação de mandato eletivo. Nesse caso, se o fizesse não estaria criando lei, pois a própria Constituição foi silente quanto à legitimação ativa.

Pode-se, em um primeiro momento, por em xeque/colocar em xeque a validade de uma decisão colegiada tomada por seis juízes (sete com o voto de desempate do Presidente) nos Tribunais Regionais Eleitorais, que não foram eleitos, muito pelo contrário, na maioria guindada à condição de juízes eleitorais em razão de política feita nos Tribunais de Justiça Estadual para tanto (com exceção dos juízes federais que, em regra, são eleitos pelos Tribunais Regionais Federais, em razão de antiguidade e não por política).

De toda forma, a Justiça Eleitoral veio para ficar, quer porque cumpre sua função administrativa muito bem (organização e realização das eleições), quer porque o legislador não tem ambiente político para extingui-la, quer porque não quer aperfeiçoá-la.

3.3.2 Função consultiva

Por fim a função *consultiva*, prevista no art. 23, XII, do Código Eleitoral, que deve versar sempre de caso em tese, tem sua importância na medida em que cria um norte para o jurisdicionado a despeito da interpretação dos Tribunais sobre temas relevantes, muito embora não vincule o julgamento do caso concreto. Castro faz algumas ponderações acerca dessa função da Justiça Eleitoral conferida ao Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Eleitorais:

Igual atribuição é dada aos Tribunais Regionais, como estabelecido no art. 30, VIII, do mesmo Código Eleitoral. Logo se percebe que o Juiz Eleitoral não tem competência para responder consultas, pois que essa atividade é reservada tão-somente aos TRÊS e ao TSE.

Importante frisar que a consulta, a ser formulada por autoridade pública ou partido político, não pode versar sobre caso concreto, sob pena de o Tribunal antecipar-se à solução do conflito já instalado. Por meio desse instrumento, o jurisdicionado toma conhecimento da posição do Tribunal a respeito da situação em tese submetida à sua apreciação. O que possibilita que os candidatos e Partidos evitem práticas que contrariem o entendimento da Justiça Eleitoral. E é ela importante principalmente porque os Tribunais mudam sua composição a cada dois anos, podendo mudar (e não raro muda) a sua jurisprudência⁴⁴.

3.3.3 O caso da verticalização partidária

O caso da verticalização partidária apareceu a partir da formulação de uma *consulta* realizada ao Tribunal Superior Eleitoral pelos Deputados Federais Miro Teixeira, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Pompeo de Mattos nos seguintes termos:

Pode um determinado partido político (partido A) celebrar coligação, para eleição de Presidente da República, com alguns outros partidos (partido B, C e D) e, ao mesmo tempo, celebrar coligação com terceiros partidos (E, F e G, que também possuem candidato à Presidência da República) visando à eleição de Governador de Estado da Federação⁴⁵?

O Tribunal Superior Eleitoral respondeu negativamente à consulta afirmando que a verticalização partidária não era possível em determinadas circunstâncias, ou seja, que “*os partidos que tivessem coligação na eleição presidencial não poderiam formar coligação para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial*”.

Ao responder negativamente a Consulta n. 715, o Tribunal pretendeu dar interpretação ao art. 6º da Lei n. 9.504/97 que estabelecia:

⁴⁴ CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 56.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *CONSULTA nº 715 - Brasília/DF. Resolução nº 21002 de 26/02/2002*. Relator(a) Min. JACY GARCIA VIEIRA. Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 15/03/2002, Página 183. RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 13, Tomo 2, Página 389. [Http://www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br). Acesso em 19 de abril de 2014.

Art. 6º - É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

A consulta n. 715, de 2002, ficou assim ementada:

CTA - CONSULTA nº 715 - Brasília/DF

Resolução nº 21002 de 26/02/2002

Relator(a) Min. JACY GARCIA VIEIRA

Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 15/03/2002, Página 183

RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 13, Tomo 2, Página 389

Ementa:

Consulta. Coligações.

Os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial.

Consulta respondida negativamente.

Decisão:

O Tribunal, por maioria, respondeu negativamente à consulta, nos termos do voto do relator. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Sálvio de Figueiredo.

Por sua vez, nas eleições de 2006, o TSE editou a Resolução nº 22.156, 3 de março de 2006, que dispôs sobre a escolha e registro de candidatos nas eleições, proibindo a verticalização das coligações, inclusive, citando a consulta n. 715 de 2002 como base legal.

Veja-se o §1º do art. 3º:

Art. 3º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, para proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (Lei nº 9.504/97, art. 6º, *caput*).

§1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador de estado ou do Distrito Federal, senador, deputado federal e deputado estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Res.-TSE nº 21.002, Consulta nº 715, de 26.2.2002).

Indubitavelmente, a decisão (por consulta) que pôs fim à verticalização partidária foi um retrocesso, pois os partidos que decidem se coligar devem ter uma identidade de programas e ideologias. É certo que tornar obrigatória a vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal é uma forma de garantir que partidos com

discursos antagônicos não se coliguem e Democracia é pluralidade. As coligações são salutares para a Democracia.

Para salvar a democracia, a Emenda Constitucional nº 52, editada em 08 de março de 2006, que alterou o §1º, do art. 17 da CF/88, para coibir a interpretação retirada do art. 6º, caput, da Lei das Eleições, que previa uniformidade e verticalização para as coligações no que tange às eleições presidenciais, federais e estaduais, pôs fim à celeuma da obrigatoriedade da verticalização das coligações estaduais em função da coligação federal, *in verbis*:

1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)

Após a modificação introduzida pelo Constituinte Derivado, os partidos ficaram livres para coligarem com os que eles desejarem (respeitadas algumas emanações ainda existentes resultantes do art. 6º, caput, da Lei das Eleições, como a vedação à pluralidade de alianças para o pleito majoritário estadual). Assim, a ordem foi estabelecida pelo único legitimado na Constituição Federal a editar leis: o representante do povo, os legisladores.

Desse modo, os diferentes partidos podem se coligar nas eleições Presidenciais sem a obrigatoriedade de repetir tal arranjo nas eleições para Governador.

Ressalte-se que na ADIN nº 3685-8 foi decidido que a alteração introduzida pela mencionada emenda constitucional não se aplicaria às eleições de 2006, portanto, foi aplicada àquela eleição a redação original do artigo, ou seja, ainda vigoraria as regras de uniformidade e verticalização.

3.3.4 O caso da revisão geral da remuneração – art. 73, inciso VIII da lei n. 9.504/97

O caso da revisão geral é mais emblemático, ainda mais do que aquele da verticalização partidária.

A consulta n. 1.229 visou modificar as resoluções n. 22.124/2005, que fixou o prazo de 04 de abril como data final para fazer a revisão geral de remuneração de servidores públicos e 22.158/2006 que fixou o prazo e “cento e oitenta dias antes da eleição e até a posse dos eleitos”.

Eis a ementa da consulta:

CTA - CONSULTA nº 1229 - Brasília/DF
Resolução nº 22252 de 20/06/2006
Relator(a) Min. JOSÉ GERARDO GROSSI
Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 01/09/2006, Página 130

Ementa:

REMUNERAÇÃO - SERVIDOR PÚBLICO - REVISÃO - PERÍODO CRÍTICO. VEDAÇÃO - ARTIGO 73, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (sic). A interpretação - literal, sistemática e teleológica - das normas de regência conduz à conclusão de que a vedação legal apanha o período de cento e oitenta dias que antecede às eleições até a posse dos eleitos.

Decisão: O Tribunal, por maioria, respondeu à consulta, na forma do voto do Ministro Marco Aurélio (Presidente). Vencido o Ministro Gerardo Grossi (relator).

Note-se que, na ementa da consulta, consignaram “art. 73, inciso VIII da Constituição Federal”. Está errado. O certo seria art. 73, inciso VIII da Lei n. 9.504/97. Por algum equívoco, o Relator nomeou a lei erroneamente.

Para se entender a razão da consulta, citamos os dispositivos legais da lei e das resoluções questionadas na referida consulta.

Art. 73, inciso VIII da lei n. 9.504/97:

Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

[...]

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.

O inciso VIII do referido dispositivo faz referência ao art. 7º da mesma lei para que seja fixado o prazo para a revisão geral da remuneração das eleições no período eleitoral:

Art. 7º As normas para a escolha e substituição dos candidatos e para a formação de coligações serão estabelecidas no estatuto do partido, observadas as disposições desta Lei.

§ 1º Em caso de omissão do estatuto, caberá ao órgão de direção nacional do partido estabelecer as normas a que se refere este artigo, publicando-as no Diário Oficial da União até cento e oitenta dias antes das eleições.

§ 2º Se a convenção partidária de nível inferior se opuser, na deliberação sobre coligações, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelo órgão de direção nacional, nos termos do respectivo estatuto, poderá esse órgão anular a deliberação e os atos dela decorrentes. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 3º As anulações de deliberações dos atos decorrentes de convenção partidária, na condição acima estabelecida, deverão ser comunicadas à Justiça Eleitoral no prazo de 30 (trinta) dias após a data limite para o registro de candidatos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 4º Se, da anulação, decorrer a necessidade de escolha de novos candidatos, o pedido de registro deverá ser apresentado à Justiça Eleitoral nos 10 (dez) dias seguintes à deliberação, observado o disposto no art. 13. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

Resolução n. 22.124/2005 (esta resolução, na verdade, trata do calendário eleitoral)

4 de abril – terça-feira
(180 dias antes)

1. Último dia para o órgão de direção nacional do partido político publicar, no Diário Oficial da União, as normas para a escolha e substituição de candidatos e para a formação de coligações, na hipótese de omissão do estatuto (Lei nº 9.504/97, art. 7º, § 1º).

2. Data a partir da qual é vedado aos agentes públicos fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda à recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição (Lei nº 9.504/97, art. 73, inciso VIII).

Resolução n. 22.158/2006, que trata das condutas vedadas aos agentes públicos na campanha eleitoral:

Art. 36. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais (Lei nº 9.504/97, art. 73, *caput*, I a VIII):

[...]

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 de cento e oitenta dias antes da eleição e até a posse dos eleitos.

Assim, a consulta n. 1.229, formulada pelo Deputado Federal Átila Sidney Lins Albuquerque, tinha por finalidade obter uma interpretação do art. 73, inciso VIII, combinado com o art. 7º da Lei n. 9.504/97, os quais não previam prazo para a revisão geral da remuneração dos servidores públicos e que as ditas resoluções, sob o argumento do poder regulamentar, criaram uma regra nova para os candidatos nas eleições de 2006, ou seja, 180 dias antes da eleição até a posse dos eleitos.

Ao interpretar a lei, na consulta, o TSE afirma que o prazo de 180 dias adviria do §1º, do art. 7º da Lei n. 9.504/97:

§ 1º Em caso de omissão do estatuto, caberá ao órgão de direção nacional do partido estabelecer as normas a que se refere este artigo, publicando-as no Diário Oficial da União até cento e oitenta dias antes das eleições.

Aí reside o problema. Primeiro, deve haver omissão do partido, pois o art. 7º estabelece que os partidos políticos têm a incumbência de fixar as normas para escolha de candidatos:

Art. 7º As normas para a escolha e substituição dos candidatos e para a formação de coligações serão estabelecidas no estatuto do partido, observadas as disposições desta Lei.

O referido artigo acrescenta que devem ser observadas as disposições da Lei n. 9.504/97. Nesse ponto, o art. 8º dessa lei estabelece o prazo entre 10 a 30 de junho para a escolha dos candidatos:

Art. 8º A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 10 a 30 de junho do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto e rubricado pela Justiça Eleitoral.

Aí está o imbróglio. O TSE, na consulta n. 1.229, estabeleceu o prazo de 180 dias a partir de 04 de abril, sem considerar realmente o que dispunha as normas de regência. A consulta acabou por vincular os julgadores, inclusive nas eleições de 2012.

Por sua vez, a Resolução 23.341/2011 (Calendário das eleições de 2012) estabeleceu o prazo de 10 de abril, antes das eleições, como último prazo para a realização da revisão geral da remuneração:

10 de abril – terça-feira - (180 dias antes)

2. Data a partir da qual, até a posse dos eleitos, é vedado aos agentes públicos 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 (Lei nº 9.504/97, art. 73, VIII e Resolução nº 22.252/2006).

Veja que esse prazo é diferente da resolução que estabeleceu o calendário das eleições de 2006, que previa o prazo de 04 de abril.

No Julgamento do Recurso Eleitoral n. 645-07.2012.6.13.0237, o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais ⁴⁶ aplicou essa regra estabelecida na Resolução n. 23.341/2011 (Calendário eleitoral de 2012) e cassou o diploma do prefeito do Município de Rio Pardo de Minas Gerais e estabeleceu novas eleições. Assim, o TRE/MG entendeu que o Prefeito promoveu a revisão geral da remuneração dos servidores públicos dentro do prazo de 180 dias previstos na resolução, portanto, afrontou o disposto no art. 73, VIII, da Lei n. 9.504/97.

O TRE/MG, ao analisar o caso concreto, poderia ter interpretado o inciso VIII do art. 73, mas não o fez e utilizou-se como parâmetro a Consulta n. 1.229.

É fato que a consulta 1.229, a despeito de não vincular ou mesmo criar lei em sentido lato, foi aplicada como lei, nesse caso, lei em sentido estrito, para cassar um diploma de um candidato, que foi sufragado pela maioria dos eleitores.

Indubitavelmente, a afirmação de que a resposta à consulta não vincula quer o Tribunal Eleitoral quer o consulente, por motivo de sua abstração, não condiz com a prática nos Tribunais Regionais Eleitorais, e, naturalmente, com a do Tribunal Superior Eleitoral. O que se verifica na jurisprudência é que a consulta, na maioria das vezes, é adotada para julgar o caso concreto.

A verdade é que a Justiça Eleitoral, através da *Consulta*, extrai uma verdade, que se reverberará na aplicação do caso concreto. O perigo em utilizar a Consulta como interpretação última está exatamente no fato de que o Juiz Eleitoral não necessita mais aplicar a hermenêutica ao caso concreto, pois já há uma moldura que lhe serve: a consulta já com a interpretação realizada da lei. Nesse passo, se o Juiz não precisa mais interpretar a lei, que rege a espécie, e aplicá-la ao caso concreto. A hermenêutica, que significa um posicionamento

⁴⁶BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Eleitoral n. 645-07.2012.6.13.0237*. [Http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia](http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia). Acesso em 14 de agosto de 2013: RECURSO ELEITORAL nº 64507 - Rio Pardo De Minas/MG - Acórdão de 25/04/2013 - Relator(a) MAURÍCIO TORRES SOARES - Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Data 06/05/2013. Ementa: Recurso eleitoral. Eleições 2012. Ação de investigação judicial eleitoral - AIJE. Abuso de poder econômico/político/autoridade. Conduta vedada. Improcedência. Agravo retido. Interposto contra a decisão que determinou o comparecimento de testemunhas independentemente de intimação. Ausência de requerimento nas contrarrazões recursais. Agravo retido não conhecido. Mérito. Alegação de ocorrência de abuso de poder econômico e político em almoço; festividade em inauguração de obra em escola municipal; convocação de prestadores de serviço de transporte em reunião em que foram feitas promessas de campanha; concessão ampla de férias prêmio e contratação de servidores públicos e distribuição de combustível para participação em carreta. Não-caracterizado o abuso de poder quanto a esses fatos. Alegação de que houve aumento de remuneração de profissionais da educação, que representam mais de 50% dos funcionários públicos municipais. Caracterizada a conduta vedada do art. 73, VIII, da Lei 9.504, de 30/9/1997. Configurado abuso de poder político. Aplicação de multa. Cassação do diploma. Declaração de inelegibilidade. Determinação de novas eleições. Recurso provido parcialmente. Decisão: O Tribunal, à unanimidade, não conheceu do agravo retido e deu provimento parcial ao recurso, com efeitos diferidos.

diante da controvérsia do ser e da compreensão que dele se possa extrair, perde todo seu modo de existir, pois a lei que deveria ser aplicada àquele caso concreto é blindada, retirada de sua moldura⁴⁷.

Assim, a consulta passa a ser uma verdade absoluta. Ela constitui o paradigma do qual o Juiz extrai a norma que será aplicada ao caso concreto. A problemática está no fato de que a interpretação passa a repousar não mais na norma que regerá o caso concreto, mas na interpretação realizada na Consulta a ser aplicada ao caso concreto.

Entretanto, em Direito, não há verdades absolutas. A consulta engessa e enquadra a decisão judicial na Justiça Eleitoral.

Lenio Streck chama a atenção para a interpretação casuística:

Jamais existiu um relativismo para a hermenêutica. São antes os adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, que não corresponde às suas expectativas fundamentalistas. Dessa forma, na discussão filosófica contemporânea, o relativismo funciona como um espantalho ou um fantasma assustador, em favor de posições fundamentalistas, que gostariam de abstrair da conversação interior da alma. Quem fala do relativismo pressupõe que poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta, ou desligada de nossos questionamentos⁴⁸.

Portanto, não se pode vislumbrar a verdade em uma decisão que, para condenar ou absolver, traz ínsita a interpretação pronta realizada em uma consulta em tese, que é, por fim, aplicada ao caso concreto. Nesse passo, Lenio Streck prossegue afirmando que devemos

⁴⁷ TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *Democracia e Jurisdição. Entre o texto e o contexto*. 1ª edição. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 277-278. “Assim, a hermenêutica jurídica não pode ser cindida, como sustenta a hermenêutica clássica em três fases: primeiro compreendo (subtillitas intelligendi), depois interpreto (subtillitas explicandi), para depois aplicar (subtillitas applicandi). A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, lembra Gadamer, que não hesita, congruentemente, enfim, em divisar a aplicação como o problema central da hermenêutica presente em toda compreensão. Um momento faz parte do outro, como lembra, com agudeza, Streck. O processo interpretativo dirige-se para um horizonte de sentido cujo objetivo é permitir que o intérprete se desloque para um questionamento correto sobre as questões postas à sua frente. Por isso é que Gadamer registra: “Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas...” Nessa contextura, quando as práticas jurídicas buscam concretizar a lei em cada caso, não se trata apenas de revelar qual o direito a ser aplicado e que serviria de fundamento de validade para a criação de direito ainda que de caráter particular. No momento da aplicação, ocorre, ao contrário, um processo a que Gadamer convencionou denominar *complementação produtiva do direito* que estaria reservado ao juiz.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª edição, Editora Saraiva: 2011, p. 215.

apreender o que o texto diz e que a questão de fato e a questão de direito não podem ser separadas⁴⁹.

O fato é que a função *Consultiva* do Tribunal Superior Eleitoral irradia sua interpretação do caso em tese em edições de resoluções, que obrigam os candidatos e partidos/coligações, em razão de outra questionável função da Justiça Eleitoral que é a normativa prevista no art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral e art. 105, da Lei n. 9.504/97. Assim, em regra, as decisões nas consultas acabam sendo inseridas nas resoluções que regulamentam as eleições e são aplicadas ao caso concreto.

José Jairo Gomes, ao comentar essa função do TSE, aduz que, de fato, resolução tem força de lei, mas não se deve confundí-la com lei, pois vige no sistema pátrio o princípio da legalidade previsto no art. 5º, inciso II:

[...]
Assim, as Resoluções expedidas pelo TSE ostentam força de lei. Note-se, porém, que ter força de lei não é o mesmo que ser lei! O ter força, aí, significa gozar do mesmo prestígio, deter a mesma eficácia geral e abstrata atribuída às leis. Mas

⁴⁹ STREK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª edição, Editora Saraiva: 2011, p. 218-219. In: [...] Dito de outro modo, enquanto a dogmática jurídica tenta explicar o direito, a partir da ideia de que o ser (o sentido) é um ente (isto é, como se o conceito de “coisa julgada” ou “direito adquirido” fosse um ente apreensível como ente), a partir dessa análise hermenêutica que proponho, pretendo mostrar que há uma clivagem entre nós e o mundo, porque nunca atingimos o mundo dos objetos de maneira direta, mas, sim, sempre pelo discurso. E, como pretendo demonstrar na continuidade, isso nem de longe pode significar uma espécie de “livre disposição do discurso”; ao contrário, é exatamente a hermenêutica que melhor propiciará as condições para encontrar respostas corretas no direito. A tese de que a linguagem é condição de possibilidade, superadora do esquema sujeito-objeto e que é comandada pela “coisa mesma” (ir às coisas mesmas), torna-se absolutamente relevante para o direito, exatamente pelo fato de que o pensamento dogmático do direito (positivista, sustentada em um discricionarismo no sentido forte), por ser objetificador e pensar o direito metafisicamente, esconde a singularidade dos casos, obnubilando o processo de interpretação jurídica. Essa “coisa mesma” que Heidegger persegue é a questão do ser no horizonte da diferença ontológica (Stein). Por isso, todo o trabalho de desconstrução do pensamento dogmático-objetificador do direito é feito sob o signo desses aportes filosóficos. Tendo como base esse referencial teórico, é inexorável que eu venha a combater toda e qualquer atividade discricionária, voluntarista ou decisionista do Poder Judiciário e, de igual forma e com a mesma contundência, da doutrina positivista que garante tais posições. Registre-se minha posição firme – fundada na hermenêutica filosófica – no sentido de que “levemos o texto a sério”, entendido o texto como evento. Dizendo de outro modo, afirmar que “devemos levar o texto a sério” ou que devemos deixar “que o texto nos diga algo” ou, ainda, que “questão de direito (texto) e questão de fato (caso concreto) não podem ser cindidos”, não quer significar, por exemplo, uma adesão ao slogan pós-moderno de Derrida de que Il n’y a pas de hors-texte (não há nada fora do texto). Texto é evento; textos não produzem “realidade virtuais”; textos não são meros enunciados lingüísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo) Eis a especificidade do direito: Textos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto; mas nem eles são “plenipotenciários”, carregando seu próprio sentido (o mito do dado, fantasia de texto que se interpreta por si mesmo e a ponto de permitir que seja ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa). Em outras palavras, o texto não existe em uma espécie de “textitude” metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da faticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir a interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre o texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico [...].”

estas são hierarquicamente superiores às resoluções pretorianas. Impera no sistema pátrio o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), pelo que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Reconhece-se, todavia, que as resoluções do TSE são importantes para a operacionalização do Direito Eleitoral, sobretudo das eleições, porquanto consolidam a copiosa e difusa legislação em vigor. Com isso, proporcionar-se mais segurança e transparência na atuação dos operadores desse importante ramo do Direito⁵⁰.

As decisões do TSE, no que tange às *Consultas* e edição de Resolução para coibir mudança de partido e também a inovação à legislação eleitoral e partidária do Brasil, sem autorização legislativa, não contribuem em nada para o aperfeiçoamento do sistema eleitoral e partidário brasileiro, pois geraram uma insegurança jurídica e desvirtuaram o sistema na medida em que não houve discussão acerca das mudanças. Haveria uma ampla discussão acerca do tema, se o Congresso tivesse de editar lei. O pleno do TSE unilateralmente decidiu pela alteração sem levar em conta a vontade do povo e dos partidos políticos. O TSE não pode ter tal prerrogativa, pois são colocadas em risco todas as conquistas que a sociedade obteve ao longo dos séculos, sendo uma delas a tripartição dos poderes.

Como já dito alhures, o ativismo judicial deve ser repensado, pois, se o Judiciário resolve adentrar em questões que não lhe dizem respeito, corre o risco de tomar para si uma responsabilidade que não tem amparo constitucional. É claro que, ao interpretar a lei (por intermédio de uma consulta), o judiciário deve se ater aos ditames da Constituição e, ademais, se a lei é contrária à Constituição, deve-se decidir sempre de acordo com esta. Todavia, a judicialização da política não deve servir de supedâneo para que o Judiciário usurpe funções do Legislativo e Executivo.

Assim, o ativismo judicial não pode chegar ao ponto de dizer que o Legislativo não cumpriu seu papel. Portanto, o Judiciário deverá fazer as suas vezes. Isso pode ser prejudicial, pois ao deixar o Poder Judiciário substituir o Legislador, corre-se o risco de se terem decisões unilaterais, realizadas por alguns juízes, que não têm de dar satisfação aos eleitores e nem têm autorização constitucional.

Não contribui para a Democracia a criação de verdadeiras leis por intermédio de consultas pelo TSE, sem que haja uma discussão acerca do tema, audiências públicas e debates.

⁵⁰ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 62-63.

Edilene Lobo⁵¹ entende que a Justiça Eleitoral não deveria se ocupar das atividades administrativas, pois “a leitura do sistema brasileiro pela lente da Constituição exige a depuração das funções dos órgãos eleitorais, afastando a confusão de atividades administrativas, legislativas e judiciais que a legislação infraconstitucional atribui à justiça eleitoral”⁵².

3.3.5 Função consultiva no plano nacional e internacional

A função consultiva não é novidade no plano nacional e internacional. Vários profissionais detêm conhecimento e permissão legal para exercer a função consultiva, tais como economistas, contadores, psicólogos, advogados, etc.

No âmbito do direito, a função consultiva aparece como prerrogativa dos advogados, no Estatuto dos Advogados do Brasil – Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

[...]

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

⁵¹ LOBO. Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 67-68. In: “[...] Reordenando o tema à luz da Constituição, só deve competir à justiça eleitoral o controle dos atos eleitorais mediante provocação de terceiros, versando casos concretos e contendo pretensões resistidas. Certamente a partir dessa assertiva haveria de se fazer uma releitura do artigo 118 da Constituição para retirar as Juntas Eleitorais da organização judiciária e lançá-las para a organização administrativa do processo eleitoral, passando a integrar o complexo de órgãos administrativos federais, ao lado das mesas apuradoras e dos cartórios eleitorais. A organização desse complexo de atribuições, agentes e atividades poder-se-ia dar à moda dos tribunais de contas, que o invés de conselheiros teriam composição paritária como se vê nos conselhos mais recentes, v.g., o Nacional do Ministério Público, Nacional de Justiça, controlados os atos daqueles órgãos, quando fosse o caso, pelo Judiciário, no exercício de sua função precípua à luz do artigo 5º, XXXV, da Constituição. É notável, assim, a importância da retirada das atividades administrativas dos pleitos das autoridades judiciárias. O ganho de legitimidade do sistema eleitoral se daria de modo imediato, sem contar o de eficiência, com a eliminação dos tempos mortos dos processos administrativos e judicial, ao se conferir cada qual a seu agente competente, sem atropelos. Os milhares de procedimentos administrativos empilhados nas prateleiras dos cartórios eleitorais, muitas vezes esperando apenas a assinatura do juiz por dias ou meses, poderiam ser movidos internamente em questão de horas. Igualmente, os feitos de natureza judicial poderiam ser movimentados de modo célere e seguro pelo agente preparado para fazê-lo. Haveria mais segurança na atividade judicial e mais eficiência na atividade administrativa, ambas corroborando para a finalidade do processo eleitoral: a garantia da livre manifestação da soberania popular. Dessa forma, seria possível vir a falar de jurisdição eleitoral no sistema de repartição de funções revisitado por Paulo Bonavides com a teoria da democracia participativa (2008).”

⁵² LOBO. Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 67.

Também, no plano internacional, a função *Consultiva* está prevista no Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica - *Statute of the I/A Court* – conforme disposto em seu artigo 2º:

Article 2

Jurisdiction

The Court shall exercise adjudicatory and advisory jurisdiction:

[...]

2. Its advisory jurisdiction shall be governed by the provisions of Article 64 of the Convention⁵³.

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José, da Costa Rica - *American Convention on Human Rights "Pact of San Jose, Costa Rica"* (B-32) - estabelece no artigo 64 que:

Article 64

1. The member states of the Organization may consult the Court regarding the interpretation of this Convention or of other treaties concerning the protection of human rights in the American states. Within their spheres of competence, the organs listed in Chapter X of the Charter of the Organization of American States, as amended by the Protocol of Buenos Aires, may in like manner consult the Court.

2. The Court, at the request of a member state of the Organization, may provide that state with opinions regarding the compatibility of any of its domestic laws with the aforesaid international instruments⁵⁴.

A função consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos é relevante, uma vez que é um meio que os membros têm à disposição a fim de conhecer a interpretação das normas emanadas pela própria Corte de forma a dirimir quaisquer obscuridades e ambiguidades que possam ocorrer. Nesse ponto, Rezek acentua que:

⁵³CORTE AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Statute of the I/A Court*. <http://www.corteidh.or.cr/index.php/estatuto>. Acesso em 14 de abril de 2014. Tradução livre: “Artigo 2: Jurisdição: A Corte exerce função jurisdicional e consultiva. [...]. 2. Sua função consultiva se rege pelas disposições do artigo 64 da Convenção.

⁵⁴CORTE AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *American Convention on Human Rights – Pact of San José, Costa Rica*. http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm. Acesso em 14 de abril de 2014. Tradução livre: “Art. 64: 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no âmbito de suas competências, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.”

Interpretar o tratado internacional significa determinar o exato sentido da norma jurídica expressa num texto obscuro, impreciso, contraditório, incompleto ou ambíguo. Não por acaso, o primeiro princípio a nortear esta análise, e que tem raízes na antiguidade romana, é o de que não há por que interpretar o que já está claro e unívoco⁵⁵.

Para se evitar equívocos na aplicação da norma, os membros da organização podem obter o exato sentido de um tratado ou convenção por meio da interpretação dada pela Corte que se faz por meio de consulta.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ser órgão permanente internacional, faz interpretação judiciária. Rezek preleciona que:

A interpretação no plano internacional diz-se jurisdicional quando provida por organismo vestido, ainda que *ad hoc*, do poder de jurisdição, no exame do litígio concreto entre sujeitos de direitos das gentes. É portanto jurisdicional – embora não judiciária – a exegese que, no desempenho do encargo que lhe foi cometido pelas partes, o árbitro ou o Tribunal arbitral formula sobre o tratado pertinente à espécie. Qualifica-se, de outro lado, como judiciária a interpretação que provém de organismo de jurisdição permanente qual a Corte da Haia, e todas as Cortes internacionais de âmbito regional: a extinta Corte de Justiça Centro-americana, a Corte de Justiça das Comunidades europeias, e tantas outras mais⁵⁶.

No que tange à função consultiva da Justiça Eleitoral, esta não deveria se confundir com a função jurisdicional, porém, na prática, as consultas têm servido de fundamentos para decisões judiciais. Muitas vezes, basta mencionar uma consulta para a resolução de um caso concreto.

É certo que a consulta não pode e nem deve vincular as partes, nos moldes que está delineado no Código Eleitoral, sem a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, visto que o Juiz responde uma consulta, ao interpretar a lei, e não a aplicando ao caso concreto. Outros parâmetros devem ser levados em conta na aplicação da lei.

A vinculação da consulta somente poderia ocorrer se estabelecesse um contraditório com todos os interessados difusos participando do processo e, por consequência, do provimento final.

Abordaremos com mais profundidade as funções administrativa e judicial da Justiça Eleitoral em capítulo próprio.

⁵⁵REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90.

⁵⁶REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 91.

3.4 Novo papel da Justiça Eleitoral delineado pela Constituição Federal de 1988

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil faz renascer a Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário, com função jurisdicional, administrativa, consultiva e normativa. No ano de 1989, realiza-se a primeira eleição presidencial após a ditadura militar, sob a égide de uma Justiça Eleitoral autônoma e independente. É partir de 1988 que as decisões da Justiça Eleitoral passam a ter relevância no mundo jurídico e se fazem sentir no seio da sociedade, como um arauto de boas notícias, ou seja, a preservação do Estado Democrático de Direito realmente passa a ser realidade no Brasil, que dantes fora marcado por turbulências e golpes de Estado.

Ao lado do Código Eleitoral, foram editadas a lei complementar n. 64/90 e a Lei nº 9.504/97. Além disso, bastante relevante foi a inclusão do art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição da República de 1988. De fato, a introdução do art. 14 da CR/88 e as legislações supracitadas formam um verdadeiro arcabouço jurídico cujo fim é preservar a regularidade e o equilíbrio das eleições gerais (federais, estaduais e municipais).

Criaram ações eleitorais, mormente a AIJE e AIME, com a finalidade de coibir o abuso de poder econômico, que ocorrem justamente em razão da abundância de dinheiro na campanha eleitoral.

Todavia, mesmo com tantas ações eleitorais, muitos políticos ímprobos, corruptos continuaram a exercer mandato eletivo em razão de uma falha sistêmica no Direito. Tal fato propiciava a eleição de inúmeros candidatos já condenados em segundo grau, sem que houvesse nenhum reflexo no eleitoral. Mesmo as condenações do Tribunal Regional Eleitoral não tinham validade alguma.

Nesse contexto, a Lei Complementar n. 135/10 entra no cenário político para dar uma derrocada nas eleições de políticos já comprovadamente corruptos. Prestigiou-se nesse caso o direito que a sociedade tem de ter candidatos probos, dando-se eficácia ao princípio da moralidade, direito erigido ao status constitucional.

Não se deve descurar que a referida lei complementar veio reforçar que o sufrágio universal, também, direito fundamental, deve ser protegido pelo Estado. Não somente o cidadão deve ter consciência crítica ao votar, mas o Estado deve afastar aqueles candidatos ímprobos das eleições, de plano.

O conceito de sufrágio é muito mais abrangente que o de voto. Vejamos o previsto no art. 14 da Constituição da República:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...].

O sufrágio universal é um direito fundamental previsto na Constituição como forma de preservar o Estado Democrático de Direito. Não existe democracia sem que se dê direito ao cidadão de escolher seus representantes e também de participar da vida política do país. Por isso, o voto corresponde ao exercício do sufrágio, é a reverberação do direito de participação na sociedade, quer como cidadão votante, quer como candidato a cargo político.

Deve-se acentuar que o livre exercício do voto não passa somente pela liberdade partidária, a garantia de voto secreto, etc., mas temos de atentar para um momento antes da efetiva escolha de candidatos e a votação, ou seja, a vida pregressa do candidato, seus antecedentes. Isso é que define que tipo de candidato se tem no pleito eleitoral e será eleito. Indubitavelmente, a Lei Complementar n. 64/90, chamada lei das inelegibilidades, com alteração da LC n. 135/10, veio a resgatar a moralidade administrativa nas eleições.

Deve-se atentar que, para qualquer rumo que se queira dar ao problema, é sempre necessário ter como ponto de partida a Constituição da República, que cria as instituições e as sustenta, sem mencionar, as várias forças sociais dominantes do país.

Nesse ponto, o princípio da moralidade, direito fundamental previsto na CR/88, há de ser levado em consideração, uma vez que o sistema outrora vigente sobre as inelegibilidades afastava forças legítimas do páreo político, pois os candidatos corruptos tomavam conta da cena política.

Ainda, Almeida e Vigatti Coelho ensinam que os direitos previstos na Constituição têm de ser efetivados e tornarem-se reais:

O sistema jurídico é concebido com ordem jurídica dinâmica e aberta de valores. A hermenêutica constitucional deve ser transformadora, de forma a constituir métodos de interpretação que possam tornar a Constituição uma realidade efetiva para a sociedade. O papel dos princípios constitucionais é fundamental no contexto do Estado Democrático de Direito e são eles que formam o parâmetro para a interpretação e a efetivação da Constituição como a base do sistema jurídico.

A *democracia* e a *igualdade* nesse contexto não têm concepção simplesmente formal como no Estado Liberal de Direito. Assumem conteúdo substancial e estão ligados à necessidade de efetivação dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, individuais e coletivos. Os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo transformaram-se em direitos fundamentais de quarta dimensão, que vinculam os governantes e operadores do direito, tornando o sistema jurídico aberto, dinâmico e modificador da realidade social. O sistema jurídico, no Estado Democrático de Direito, interage com os demais sistemas de dimensão internacional naquilo que representam novas conquistas aos direitos fundamentais. Portanto, há plena abertura para a criação de uma ordem jurídica mundial

transformadora e protetora dos direitos fundamentais, incluindo o direito do ambiente⁵⁷.

Prosseguem os autores:

O Estado não mais pode conviver passivamente com as desigualdades e injustiças sociais. Ele precisa atuar pra se reestruturar, reestruturando também a sociedade. A sua atuação não deve ser voltada para o indivíduo unicamente ou para o grupo simplesmente, mas para a comunidade, educando-a, conscientizando-a, além de se empenhar para preservar a dignidade da pessoa humana em todos os aspectos da vida – econômico, político, jurídico, moral e biológico – e abrir igualmente as portas para a participação popular como fator de sua legitimação político-democrática.

Portanto, a concepção de um Estado formal como mera ordem normativa, sem fins, como a defendida por Hans Kelsen, é totalmente incompatível com a idéia de Estado Democrático de Direito⁵⁸.

Igualmente, Lobo, ao discorrer sobre jurisdição e processo no Estado Democrático de Direito, faz as seguintes ilações:

A Constituição de 1988 introduziu o paradigma do Estado Democrático de Direito, como se observa no preâmbulo e nos artigos 1º ao 5º, assentando o modelo constitucional de processo no Brasil, superando os antecedentes, conforme ampla literatura consultada, a saber Dias (2004), Fiuza, Sá e Dias (2001), Galuppo (2006), Leal (2004 e 2009), Maciel Júnior (2006), Madeira (2008), Pellegrini (2004), Tavares (2008), Vieira (2002), Teixeira (2008) e tantos outros.

Esse referente lógico do modelo de Estado inicia registrando a soberania popular como fundamento, a igualdade e a reserva legal como princípios, vedando órgãos e tribunais de exceção, consagrando o júri popular como representação do cidadão no ato de julgar os crimes dolosos contra a vida, delimitando penas e fixando direitos. [...] ⁵⁹.

Grinover, ao fazer a diferença entre Estado Liberal e Social, assevera:

[...] A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração direitos fundamentais – a

⁵⁷ ALMEIDA. Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os direitos ou interesses coletivos no estado democrático de direito brasileiro*. In: Direitos Fundamentais e sua proteção nos planos Internos e Internacional. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba; Luiz Manoel Gomes Júnior e Gregório de Assagra de Almeida. Coleção: Direitos fundamentais, individuais e coletivos. Volume 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 234.

⁵⁸ ALMEIDA. Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os direitos ou interesses coletivos no estado democrático de direito brasileiro*. In: Direitos Fundamentais e sua proteção nos planos Internos e Internacional. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba; Luiz Manoel Gomes Júnior e Gregório de Assagra de Almeida. Coleção: Direitos fundamentais, individuais e coletivos. Volume 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 235.

⁵⁹ LOBO. Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 69.

dos direitos econômicos-sociais -, complementar à dos direitos da liberdade. Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever a um dare, facere, praestare, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. [...] ⁶⁰.

Vale lembrar que para Norberto Bobbio os direitos fundamentais estão em constante mutação.⁶¹ Naturalmente, essa serve para melhorar a proteção do cidadão, proibido aqui o retrocesso. Assim, pode-se dizer que atualmente as comunidades estão dando grande valor ao direito ao sufrágio imaculado.

A propósito, quando o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante n. 13, colacionada abaixo, ele o fez em estrita observância à *moralidade objetiva, externa*, pois entendeu que mesmo que o parente da autoridade nomeante ou de servidor seja competente, ele não pode ocupar cargo em comissão na Administração no mesmo Poder:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal⁶².

Do mesmo modo, o candidato tem de atentar para uma moralidade administrativa objetiva, na medida em que interessa ao país a probidade do candidato e que prime pela legalidade de seus atos. Portanto, pode-se dizer que a moralidade administrativa acaba por abarcar condutas tais como zelar pela coisa pública, ser leal ao país, obedecer às normas, manter conduta honesta, de boa-fé, respeito às normas de condutas do “homem prudente”, lealdade à Administração, aos administrados, à dignidade humana, etc.

⁶⁰ GRINOVER. Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: Direitos Fundamentais e sua proteção nos planos Internos e Internacional. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba; Luiz Manoel Gomes Júnior e Gregório de Assagra de Almeida. Coleção: Direitos fundamentais, individuais e coletivos. Volume 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 2.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Goutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18-19. In: “Em segundo lugar, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a *propriedade sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. [...]”

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 13. <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15.02.2014.

O país tem vivido numa avalanche de políticos ímprobos que se escondem atrás das lacunas produzidas pelo sistema, haja vista a condenação (e prisão, diga-se) de vários políticos no processo do “Mensalão” – Ação Penal 470 – STF,⁶³ em razão de corrupção.

É salutar que o STF ao analisar a legalidade de atos, a constitucionalidade e inconstitucionalidade de leis privilegie a manutenção dos ideais do Estado Democrático de Direito, a soberania, a cidadania, a liberdade de votar em candidatos “sem máculas”, a defesa do sufrágio universal.

Assagra assevera que a interpretação a ser feita dos princípios constitucionais terá sempre como norte a transformação social e aduz que do princípio democrático decorrem todos os outros insculpidos na Constituição. Vejamos:

No princípio democrático, estão fundamentados todos os demais princípios e regras constitucionais, principalmente os que compõem o direito coletivo, como uma das vertentes da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, implantadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A interpretação e a efetivação do Direito Coletivo brasileiro inspiram-se e fundamentam-se no princípio democrático e é justamente desse princípio que as demais diretrizes principiológicas e regras interpretativas do Direito Coletivo devem ser extraídas e moldadas⁶⁴.

O legislador, indubitavelmente, está autorizado a fazer restrições a direitos fundamentais de forma a preservar a democracia e a república. Portanto, a Lei Complementar n. 135/10 não ostenta nenhuma inconstitucionalidade.

Na aplicação dos princípios constitucionais deve-se atentar para os três elementos do princípio da proporcionalidade, que faz a mediação entre os princípios da utilidade, da necessidade e da ponderação. Nessa, há de ser feita uma minuciosa análise acerca da gravidade da conduta para que prepondere um princípio em vez do outro. No caso, o STF ao fazer esse cotejo entendeu que o princípio da moralidade deve preponderar sobre todos os outros invocados em defesa da inconstitucionalidade da LC 135/10. Ademais, deve-se levar em conta que a sociedade não quer e não vota em candidatos ímprobos, quando o faz é devido à ignorância de sua situação fática. Qualquer leitura que se faça da Constituição deve privilegiar a defesa da sociedade, mormente no que tange à probidade administrativa.

⁶³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação penal 470. <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 16.03.2013.

⁶⁴ALMEIDA. Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 452.

Desse modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal não representa, em absoluto, ameaça à segurança jurídica. Ao contrário, visa preservar o Estado Democrático de Direito, bem como assegurar os direitos fundamentais do cidadão que têm caráter fundante⁶⁵.

⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial. Fundamentos de Direito*. Tradução Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. 1ª edição. Editora Revista dos Tribunais, p. 102.

4. PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado de Direito na concepção clássica, de acordo com Marcelo Novelino,⁶⁶ tem como pressuposto a divisão dos poderes, a independência dos juízes, a legalidade da administração, o amplo acesso à tutela jurisdicional do Estado frente a qualquer intervenção administrativa e a expectativa de indenização em casos de intervenção na propriedade privada.

No Estado de Direito, não se admite a resolução dos conflitos de forma arbitrária, mas somente de acordo com as regras predeterminadas, ou seja, de acordo com a lei.

Cabe ressaltar que o Estado também está sujeito às leis e ao poder estatal vinculado a determinados princípios e regras previstas na Constituição da República.

No Estado Democrático, o conjunto de normas e regras que formam o ordenamento jurídico preceitua alguns institutos que inserem o povo no governo do Estado, seja por meio da democracia direta ou da democracia indireta.

Marcelo Novelino faz a seguinte observação sobre a definição dos princípios que norteiam o Estado democrático:

a concretização do Estado democrático de direito é feita, de acordo com Mário Lúcio Quintão, pelos seguintes princípios:

I – *princípio da constitucionalidade*: respaldado na supremacia da Constituição, vincula o legislador e todos os atos estatais à Constituição, estabelecendo o princípio da reserva de Constituição e revigorando a força normativa da Constituição;

II - *sistema de direitos fundamentais*: a inserção no texto constitucional dos direitos humanos exige medidas para a sua implementação.

Este sistema exerce funções democráticas, sociais e de garantia do Estado democrático de direito;

III – *princípio da legalidade da administração*: cerne da teoria do Estado de direito, postula dois princípios fundamentais: o da supremacia ou prevalência da lei e o da reserva de lei.

IV – *princípio da segurança jurídica*: conduz à consecução do princípio da determinabilidade das leis, caracterizando-se como princípio de proteção da confiança dos cidadãos;

V – princípio da proteção jurídica e das garantias processuais (proteção jurídica individual sem lacunas) : procedimento justo e adequado, de acesso ao direito e de concretização do direito⁶⁷.

No Estado democrático de direito a Constituição da República é o fundamento de validade de todas as leis.

⁶⁶ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p.197.

⁶⁷ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p.199.

A organização do Estado democrático de direito assumiu o dever de manter a ordem e o equilíbrio das relações sociais. Portanto, é dever do Estado administrar a justiça, isto é, dar a cada um o que é seu, garantindo, por meio do devido processo legal, a solução imparcial e ponderada, de caráter imperativo, dos conflitos.

A jurisdição surgiu da necessidade jurídica de se impedir a prática temerária da autotutela pelas partes diante de um conflito, o que poderia levar a sociedade à desordem decorrente da parcialidade da justiça feita pelas próprias mãos.

Em decorrência da necessidade de um provimento desinteressado e imparcial, o Estado, mesmo sendo o detentor da pretensão punitiva, delimitou seu poder repressivo ao atribuir aos órgãos jurisdicionais a função de buscar a resolução dos conflitos, impondo, soberanamente, a norma que, por força do ordenamento jurídico vigente, deverá regular o caso concreto. O Estado, então, representado pelo Poder Judiciário, busca, por meio do *processo*, investigar qual dos litigantes tem razão, e aplica, por fim, a lei ao caso concreto.

4.1 Processo coletivo no Estado Democrático de Direito

Os Direitos transindividuais já tinham proteção, antes da Constituição Federal de 1988, com a Ação Popular - Lei n. 4.717, de 29.06.1965 e a Ação Civil Pública - Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

Ronaldo Lima dos Santos⁶⁸ expõe que a Lei Complementar nº. 40/81 foi o primeiro estatuto jurídico no país a utilizar a ação civil pública para a defesa dos direitos da sociedade, ao prever a sua promoção entre as funções institucionais do Ministério Público.

Todavia, para a maioria dos autores brasileiros, a defesa dos direitos coletivos no Brasil iniciou com a ação popular⁶⁹. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes aduz que, em termos de ações coletivas, houve no Brasil edição de leis estatutárias prevendo a legitimação de associações e de instituições para a defesa em juízo dos associados ou interesses gerais da profissão, e, ainda, a previsão da ação popular⁷⁰.

⁶⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. "Defendant Class Actions". O Grupo como Legitimado Passivo no Direito Norte-Americano e no Brasil. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, jan-mar/2004, p. 146.

⁶⁹ No mesmo sentido Dinamarco, Pedro da Silva, *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.36; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações Coletivas Ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. Revista Forense nº 361, São Paulo: Forense, 2002, p. 3.e VIGLIAR, José Marcelo Menezes, In: "A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente" - *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos*; Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.) São Paulo: RT, 2007, p. 36.

⁷⁰ MENDES. Aluisio Gonçalves de Castro. "O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis" - *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos*

Alguns autores consignam que a tutela coletiva dos interesses transindividuais ocorreu com a promulgação da Lei nº 7.347/85 - LACP.

Até nossos dias, a regras processuais coletivas são mínimas e, ainda, há a problemática da aplicação do processo individual à solução de litígios que envolvam direitos eminentemente coletivos.

Rudinei Baumbach, *at al*, afirma a importância do processo coletivo no Brasil:

Desde a promulgação da Lei da Ação Civil Pública, a tutela dos direitos coletivos progrediu vigorosamente em nosso país. A afirmação de um subsistema normativo de processo metaindividual e a autonomização científica do direito processual coletivo são provas eloquentes dessa evolução. No âmbito prático, presenciou-se um crescimento considerável da eficácia dos direitos transindividuais, sobretudo dos interesses difusos⁷¹.

O direito processual coletivo, portanto, surge como um novo ramo do direito processual, consoante afirma Gregório Assagra de Almeida, ao ressaltar que esse novo ramo passa a existir a partir da Constituição Federal de 1988:

O direito processual coletivo surge como um novo ramo do direito processual no Brasil com a CF de 1988. É o que se extrai dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, art. 5º, XXXV; art. 129, III, e §1º; art. 102, I, a, §1º, art. 103, §§ 1º, 2º e 3º, dentre outros.

O direito processual coletivo brasileiro, no plano do seu objeto material, divide-se em especial e comum.

[...]

Por outro lado, o direito processual comum se destina à resolução de conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude. É o que se dá pela via da ação pública, do mandado de segurança coletivo, da ação popular, etc. O objeto de tutela do direito processual coletivo comum são os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos strictu sensu e individuais homogêneos). O direito processual coletivo comum é instrumento de efetivação concreta e de forma potencializada da Constituição e, especialmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Nesse contexto, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, etc. estão inseridos dentro do direito processual coletivo comum⁷².

O direito processual coletivo, nesse ponto, surge para resolver a questão do acesso à justiça, que é direito fundamental dos cidadãos, individual ou coletivamente.

O referido autor define o direito processual coletivo como:

coletivos. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.) São Paulo: RT, 2007, p. 16.

⁷¹ BAUMBACK, Rudinei. Sobre a tutela de direitos coletivos no contexto brasileiro: reflexões à luz das reformas projetadas. Revista de Processo. vol. 226, p. 263. São Paulo: Ed. RT, julho, 2013.

⁷² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 31-32.

O ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípio a ele pertinente visa a disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no *plano abstrato*, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no *plano concreto*, pretensões coletivas em sentido *lato*, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social⁷³.

Nelson Nery Junior apontou essa deficiência do processo individual nas ações coletivas. Em suas palavras:

Os institutos ortodoxos do processo civil não podem se aplicar aos direitos metaindividuais, porquanto o processo civil foi idealizado como ciência em meados do século passado, notavelmente influenciado pelos princípios liberais do individualismo que caracterizaram as grandes codificações do século XIX. Pensar-se, por exemplo, em legitimação para a causa como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo, não pode ter esse mesmo enfoque quando se fala de direitos difusos, cujo titular do direito material é indeterminável⁷⁴.

Ricardo de Barros Leonel traz a lume essa modalidade de processo, o coletivo. Leia-se:

É inevitável a identificação de uma nova função de natureza política e democrática do processo, pela atuação do denominado processo coletivo. O fenômeno rende margem à participação de entidades distintas do próprio aparato estatal sistematizado pelos órgãos governamentais, na formulação dos novos caminhos a serem seguidos pela sociedade. Resta manifesta a dimensão política do processo, nas opções relacionadas às decisões fundamentais a serem tomadas pelo Estado⁷⁵.

Elton Venturi assevera que a restrição à tutela jurisdicional coletiva ofende princípios constitucionais, mormente o democrático⁷⁶.

No Direito Eleitoral, o processo coletivo começou a se delinear com a previsão constitucional da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - art. 14, §10 da CR/88 - e Ação de Investigação Judicial Eleitoral na Lei Complementar n. 64/90, e, mais adiante, as representações pela prática de corrupção e conduta ilícita, previstas nos arts. 41-A e 73, 74 da Lei n. 9.504/97.

⁷³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23.

⁷⁴ NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 156.

⁷⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

⁷⁶ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 103.

4.2 Princípios constitucionais aplicados no direito eleitoral

A palavra *principi*, derivada do latim, *principium*, significa início, começo, ponto de partida. Na linguagem filosófica, segundo Kildare Gonçalves Carvalho, o termo foi introduzido por Anaximandro com o significado de fundamento, causa⁷⁷.

Prossegue o autor: “Mas como origem, ponto de partida, “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subseqüentes,” sendo os alicerces, os fundamentos da ciência”⁷⁸.

Importa salientar que princípios, no Direito, são as linhas diretivas norteadoras da aplicação de todas as normas jurídicas. Possuem uma maior abrangência em comparação às regras do ordenamento jurídico. Como farol, eles iluminam a compreensão e auxiliam na interpretação do conteúdo das normas que estão subordinadas a eles. Hierarquicamente superiores às demais regras, proporcionam relativo caráter de unidade, pois resolvem conflitos de normas, harmonizando-as, impedindo a falta de conexão e organização do sistema normativo. A lesão a um princípio é a mais grave de todas, pois como Paulo Bonavides ensina:

A lesão a um princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.⁷⁹

Para o processualista Sérgio Luiz de Souza Araújo:

A essência de um princípio, no campo do Direito, é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a norma positiva. Em conseqüência, ele não possui uma normatividade própria que implique em se tornar possível a sua aplicação imediata e autônoma.⁸⁰

Dessa forma, o conjunto de leis que existiam ao tempo da entrada em vigor da nova Carta Magna, e que por essa foram recepcionadas, bem como as demais leis que surgiram, têm que estar em conformidade com as diretrizes constitucionais, explícitas e implícitas. Para

⁷⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 330.

⁷⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 330.

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003, p. 435.

⁸⁰ ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. *Teoria geral do processo penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 179.

solucionar os possíveis conflitos de normas ocorridos após a sua promulgação, há de se valer desses princípios para que os conflitos sejam dirimidos à luz dos novos valores insculpidos na CR/88.

Os princípios, tais como as regras, são normas jurídicas, estas de menor abrangência, pois servem para regular o caso concreto, enquanto aquelas têm maior alcance por servir de parâmetro para o processo jurisdicional eleitoral.

Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, 'são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais'. Mas, como disseram os mesmos autores, 'os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.'⁸¹

De acordo com Di Pietro: “[...] os princípios representam papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.”⁸²

Indubitavelmente, os princípios constitucionais insculpidos na Constituição de 1988 deveriam ser observados escorreitamente, sem que haja a necessidade de serem regulamentados.

Dworkin faz a diferença entre regras e princípios. Essa distinção no modelo dworkiano é de suma importância, na medida em que figura como elemento fulcral na aplicação dos princípios.

Dworkin afirma que o direito consiste em um fenômeno social complexo, e esta característica, aliada a sua função e as suas consequências, passa a exigir uma característica especial de sua estrutura, a que Dworkin vai atribuir ao caráter argumentativo do Direito.

Desse modo, criticando o positivismo⁸³, Dworkin distingue princípios e regras:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a

⁸¹SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, p. 94.

⁸²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 66.

⁸³DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39.

resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinamos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreendimento que elas regem – um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o bateador errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o bateador que errou três bolas não será eliminado se o pegador (catcher) deixar cair a bola no terceiro lance).

[...] Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é⁸⁴.

Para Dworkin, regras e princípios distinguem-se em função da natureza da orientação que oferecem, não havendo entre as regras uma dimensão relevante, ao contrário do que ocorre com os princípios. A aplicação de um princípio em regra exclui outro, mas essa é a razão de ser da utilização dos princípios como forma de solucionar litígios.

Dworkin entende que o princípio se configura como um *standard*, o qual deverá ser observado pelo intérprete/aplicador como uma exigência de justiça, equidade ou qualquer outra dimensão da moral, não podendo ser visto, por conseguinte, como uma permissão para a realização ou atendimento de uma situação econômica, política ou social julgada desejável.

Os princípios, portanto, em sentido específico, são padrões normativos que se definem por não serem regras e, também, por não serem políticas.

Dworkin volta-se para a distinção entre princípios em sentido genérico (o que envolve políticas e princípios em sentido específico) das regras.

Há, nessa distinção, um ponto importante a ser destacado. Dworkin entende a distinção entre princípios e regras como sendo uma diferenciação de natureza lógica, que se expressa no momento da aplicação de princípios e regras. Estas são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (*in an all-or-nothing fashion*), porém os princípios não são aplicados desse modo.

Se a regra é aplicável à maneira do tudo-ou-nada, se ela pode ter todas as suas exceções explicitadas e arroladas, o enunciado completo de uma regra garante sua aplicação

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 40-42.

automática. Assim, as regras, segundo Dworkin, dispensam interpretação, elas podem ser aplicadas sem necessidade de interpretação, sendo desnecessária qualquer ponderação.

Por outro lado, os princípios, diferentemente das regras, “*não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas*”⁸⁵. Princípios impõem a necessidade de uma decisão particular para a sua aplicação, em outras palavras, ao contrário das regras, que dispensam a interpretação, os princípios dependem de interpretação para serem aplicados.

Por isso, Dworkin afirma que os princípios possuem uma dimensão de peso (ou importância), inexistente no caso de regras. Desse modo, constatando-se conflito entre duas regras, uma delas não pode, logicamente, ser válida. Já um conflito entre princípios não implica a invalidade de um deles, mas sim o afastamento de um deles em razão da ponderação.

Portanto, Dworkin mostra que o sistema normativo não é composto exclusivamente de regras, mas também de princípios, que são padrões normativos distintos das regras. Os princípios, em sentido específico, expressam a imanência da dimensão da moralidade no ordenamento normativo e, diante de *hard cases*, são levados em conta na determinação da solução do caso. Isso não significa que princípios possam ser aplicados da mesma maneira que as regras.

Carlos Alberto Simões de Tomaz assim se posiciona:

Partindo do pressuposto de que os juristas deparam com casos difíceis que não poderiam ser solucionados pela ausência de prescrição normativa, vagueza ou indeterminação do direito, Dworkin assevera que na experiência cotidiana “eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente como princípios, políticas e outros tipos de padrões.” Isso porque, prossegue Dworkin, “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.”

A importância dos princípios na teorização de Dworkin vetoriza-se para dos sentidos. Primeiramente, a oposição dos princípios às chamadas normas de políticas públicas, que constitui o âmago, o eixo de tensão das decisões judiciais. Em segundo plano, a oposição dos princípios às regras, revela no processo construtivista a necessidade de ponderação na colisão principiológica: a eleição de um princípio não pode ocorrer a ponto de aniquilar por completo o outro colidente, em defesa da preservação do sistema⁸⁶.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 40.

⁸⁶ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição – Entre o texto e o contexto*. 1ª edição. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 242-243.

Não é o objetivo de Dworkin indicar, previamente, os argumentos de política ou de princípio existentes, nem elencar quais direitos um indivíduo possui abstratamente, mas analisar casos difíceis, sobre os quais, mesmo os juízes mais criteriosos podem decidir diferentemente. Todavia, mesmo nesses casos, é necessário entender que, para Dworkin, o juiz não tem o direito de criar novos direitos, mas sim descobrir quais são eles em conformidade com o ordenamento jurídico.

Dworkin ainda afirma que há outra diferença entre regras e princípios, a saber, os princípios possuem uma dimensão de peso e importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que resolverá o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Já as regras ou são importantes ou desimportantes. Uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais imprescindível na regulação do comportamento. Se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior⁸⁷.

Por sua vez, Alexy afirma que os princípios são mandamentos de “otimização” e as regras têm enunciados que devem ser “satisfeitos ou não”, conforme ele explica:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinada pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio⁸⁸.

Tanto Dworkin quanto Alexy concordam que os princípios são de abrangência bem maior que as regras. Os princípios se irradiam no sistema jurídico, entretanto, as regras são mais tímidas.

⁸⁷DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. (Trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 42-43.

⁸⁸ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. (Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição alemã). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

4.2.1 Princípio do devido processo legal

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, trouxe de forma explícita o princípio do devido processo legal; sendo assim, não se pode deixar de fazer uma análise mais técnica a partir da doutrina constitucionalista.

O constitucionalista Alexandre de Moraes assim o explica:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto num âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal)⁸⁹.

Nesse passo, não é demais asseverar que os princípios do devido processo legal e contraditório e da ampla defesa devam ser amplamente observados no processo administrativo disciplinar.

A exigência do devido processo legal, garantia advinda do direito inglês “*due process of Law*”, tendo como corolários as garantias de ampla defesa e contraditório, é um princípio explícito constitucional. Assim, a Administração não pode deixar de observá-lo em todo processo judicial, inclusive no processo administrativo.

Essa cláusula repercute tanto em aspecto formal quanto material, ou seja, o processo deve não só obedecer às formalidades previstas em lei, mas também deve conter decisões razoáveis e proporcionais.

Dessa forma, deve-se assegurar ao acusado a observância de um rito procedimental previsto na legislação para aplicação de penalidade. Esse rito deve permitir ao acusado ser notificado a fim se manifestar, ter acesso aos autos, produzir provas em igualdade de condições com a comissão, não ser processado com base em provas ilícitas, apresentar sua defesa, ter decisão motivada, etc.

Decorre ainda do devido processo legal a garantia da não autoincriminação, pois o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Assim, está escrito no art. 5º da Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. Atlas. São Paulo: 2004, p. 124.

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal⁹⁰;

A jurisprudência do STF é pacífica ao entender que o princípio do devido processo legal é inarredável, inclusive no âmbito administrativo.

STF. Agravo de Instrumento nº 241.201: Ementa: [...] O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos⁹¹.

Por fim, não é demais mencionar que o princípio do devido processo legal é uma garantia do jurisdicionado.

4.2.2 Princípio do contraditório

Outro princípio que deve ser mencionado é o do contraditório. Este se traduz na possibilidade de os processados judicialmente se utilizarem de todos os meios probatórios lícitos que possam vir a influenciar no convencimento do juiz. Incumbe às partes o direito de produzir todas as provas admitidas no Direito e, também, de ter a devida valoração de seus argumentos pelo órgão jurisdicional/administrativo. Os acusados também têm o direito de ser cientificados de todos os atos do processo, antes que o juiz profira a sentença, havendo nulidade absoluta, se ausente referida cientificação.

A essência do contraditório é a igualdade de oportunidade que se põe à disposição das partes perante a lei. Pelo princípio em questão, verifica-se de plano uma proibição à

⁹⁰ BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de nº 1, de 1992, a 26, de 2000, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de nº 1 a 6, de 1994. 13ª edição. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal : banco de dados. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 20 de março de 2014.

restrição da defesa. O réu tem direito de saber qual é a acusação que lhe é imputada para que possa se defender e para que não seja condenado sem ser ouvido.

Corroborando nosso pensamento, Fernando da Costa Tourinho leciona que:

De acordo com tal princípio, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, e acima delas, o Órgão Judicial, como órgão *superpartes*, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, dar a cada um o que é seu⁹².

Por sua vez, Nelson Nery Junior sustenta que:

Por contraditório deve-se entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Os contendores têm o direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidas paritariamente no processo em todos os seus termos⁹³.

Esse autor também ensina que:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório⁹⁴.

Sem dúvida, ao Juízo não cabe senão ouvir o acusado em processo judicial, pois se isso não ocorrer, o processo estará fatalmente maculado e nulo de pleno direito.

A presença de todos litigantes no processo é uma garantia constitucional inarredável no Estado Democrático de Direito. Com efeito, entende-se como princípio do contraditório a igualdade das partes no processo, ou seja, sempre que uma parte se manifestar, a outra deverá ter ciência e oportunidade para também se manifestar. O Juiz, em hipótese alguma, poderá subtrair das partes tal garantia que tem *status* de Direito Constitucional.

Esse entendimento é esposado pelo processualista Fernando Capez em se tratando de processo judicial, *in verbis*:

⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4., p. 49.

⁹³ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., rev. e atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

⁹⁴ JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., rev. e atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias. O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-juiz, equidistantes das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dada a outra manifestar-se em seguida. Por isso o princípio é identificado na doutrina pelo binômio ciência e participação⁹⁵.

Desse modo, o princípio do contraditório garante ao acusado o direito de defesa técnica e de autodefesa, tanto no âmbito jurisdicional quanto no âmbito administrativo.

No que se refere aos meios de defesa, esta se subdivide em defesa técnica e autodefesa: a primeira é direito indisponível do acusado, ou seja, o acusado não tem a faculdade de rejeitar tal defesa, enquanto que da segunda pode o acusado dispor, sendo que uma das formas de seu exercício é o direito de permanecer em silêncio nos interrogatórios, tal como previsto na Constituição.

Por fim, o processo judicial é um procedimento⁹⁶ realizado em contraditório entre autor e réu, no escólio de Aroldo Plínio Gonçalves. Para esse autor, o procedimento é uma atividade preparatória, com sequências de atos que culminam com o provimento final, *in verbis*:

A caracterização do processo como uma espécie de um procedimento exigiu a reelaboração do conceito de procedimento. Para edificar este como uma unidade mental, suficientemente genérica, para comportar uma multiplicidade de particularidades, o ponto de partida foi o ato do Estado, dotado de caráter imperativo, para o qual se volta toda a estrutura normativa que disciplina a atividade constituída pelo procedimento. O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional. No exercício das funções administrativas, legislativa e jurisdicional, o Estado pratica vários atos que não se revestem de imperatividade e que são necessários na dinâmica de sua atuação. Mas quando o ato do Estado se destina a provocar efeitos na esfera dos direitos dos administrados, da sociedade, dos jurisdicionados, quando é um ato dotado de natureza imperativa, um ato de poder, tem-se o provimento que, para que seja emanado, válida e eficazmente, deve se precedido de atividade preparatória, disciplinada no ordenamento jurídico. Em razão de seu caráter imperativo, o provimento se distingue de todos os demais atos (sejam atos dos órgãos da administração, dos órgãos legislativos e dos órgãos judiciários),

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.19.

⁹⁶ GONÇALVES, AROLDO PLÍNIO. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 115. In: Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simetria paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos. A espécie de procedimento denominada processo se subdivide, também, em subclasses, e pode-se falar em espécies de processos: processo administrativo, em que se desenvolve a atividade da administração, [...].

pois no Estado de Direito o poder se exerce nos limites da lei e o Estado cumpre suas funções dentro do quadro legal que disciplina suas atividades⁹⁷.

A atividade preparatória do provimento é o procedimento que, normalmente, chega a seu termo final com a edição do ato por ele preparado. Por isso, esse mesmo ato de caráter imperativo geralmente é a conclusão do procedimento, o seu ato final.

Não se pode chegar a um provimento final justo se o réu não tem como se defender dos atos do processo. Um processo justo pressupõe igualdade entre as partes quando em exercício está o processo em procedimento. Aroldo Plínio Gonçalves bem esclarece a assertiva:

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simetria paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos⁹⁸.

Assim, o princípio do contraditório é a manifestação do Estado democrático de direito, está correlacionado com o princípio da igualdade e com o direito de ação. O direito de ação e o direito de defesa são inerentes aos princípios do contraditório e da ampla defesa, garantidos pela Constituição.

O processo é um instrumento de resolução de conflito que se realiza por meio da manifestação das partes em contraditório. Este deve ser visto como a igualdade de participação e oportunidade das partes no processo.

Fredie Didier Jr. declara que o princípio do contraditório pode ser dividido em duas garantias:

[...] O contraditório é inerente ao processo. Trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão. Aplica-se o princípio do contraditório, derivado que é do devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial⁹⁹.

⁹⁷ GONÇALVES, AROLDO PLÍNIO. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 102/103.

⁹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 115. *In*: Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simetria paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.

⁹⁹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 45.

Portanto, contraditório é substrato do próprio processo permitindo às partes tomarem conhecimento dos atos jurisdicionais, bem como intervirem por meio dos atos processuais.

4.2.3 Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa é um direito fundamental, uma garantia Constitucional, decorrente do Estado Democrático de Direito, aplicável ao processo judicial e administrativo, e está diretamente relacionado com o princípio do contraditório. A ampla defesa proporciona aos contendores igualdade de oportunidade de manifestação no processo através de todos os meios de prova admitidos em direito.

De acordo com Fredie Didier Jr. a “ampla defesa é “direito fundamental de ambas as partes”, consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do apropriado contraditório. Trata-se do aspecto substancial do contraditório”¹⁰⁰.

É a liberdade inerente ao indivíduo em defesa de seus interesses de alegar fatos e apresentar provas.

A ampla defesa abrange a defesa técnica, a qual deve ser realizada por um advogado ou defensor devidamente habilitado, e a defesa deve ser efetiva, ou seja, a garantia e a efetividade de participação da defesa em todos os momentos do processo.

4.2.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

Por fim, deparamo-nos com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art. 1º da Constituição da República, *in verbis*:

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

III - a dignidade da pessoa humana;

[...].

O princípio da dignidade da pessoa humana remonta-se a séculos. Entretanto, ficou mais conhecido com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo I, ao estabelecer que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas

¹⁰⁰ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 50.

de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”¹⁰¹.

Na verdade, a dignidade da pessoa humana é um *fundamento* da República Federativa do Brasil. É um pilar sem o qual haveria um colapso na República. Esse princípio deve ser efetivado pelo Estado, pois não adianta estar previsto na Constituição sem que ele o implemente em sua relação com os cidadãos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é bastante relevante. Ele não consta apenas no inciso III do artigo 1º da Constituição da República, mas também no art. 170, *caput*, ao tratar da ordem econômica; do art. 226, §7º, capítulo que trata da família, da criança e do idoso, e ainda na legislação especial das minorias, tais como os índios, negros, deficientes e mulher.

Esse princípio deve ser observado em todo sistema jurídico, não havendo necessidade de que a lei infraconstitucional faça referência a ele.

Alexandre de Moraes acentua que:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente à personalidade humana. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos¹⁰².

Luís Roberto Barroso faz também importante observação acerca desse princípio:

[...] a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. Dentre eles é possível destacar:

- a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado [...].
- b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à Lei ordinária [...]
- c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo¹⁰³.

¹⁰¹ *DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS* Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 3 de junho de 2014.

¹⁰² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. Atlas. São Paulo: 2004, p. 52.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 237/238.

Ora, como se vê, não é diferente no Direito Eleitoral, que deve observar estritamente o princípio da dignidade humana no processo jurisdicional eleitoral.

4.2.5 Princípio da moralidade

Alguns autores entendem que o conceito de moralidade está abarcado no conceito de legalidade. Di Pietro acentua que a distinção entre moral e Direito é antiga. Afirma ela que a moral abarca o Direito, e, ainda, que a licitude do ato corresponderia ao Direito e à honestidade e à moral¹⁰⁴.

Para Hans Kelsen, a moral distingue-se do Direito, pois esta pode ser seguida ou não. Ocorre, todavia, que uma norma jurídica pode ser válida e ainda assim contrariar a moral.

Afirma Hans Kelsen:

Se a ordem moral não prescreve a obediência à ordem jurídica em todas as circunstâncias e, portanto, existe a possibilidade de uma contradição entre a Moral e a ordem jurídica, então a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral, que, do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral¹⁰⁵.

Parece-nos que o conceito de moral é mais amplo que o de Direito. A moral é algo intrínseco ao ser humano. A pessoa age de acordo com uma moral interior e também com uma moral social. Muitas vezes, essa moral interior se choca com a moral exterior. Em regra, não há de se falar em ilícito administrativo quando houver afronta à moral. Todavia, alguns conceitos morais, em determinadas épocas, podem constituir um ilícito penal, civil ou administrativo. Assim, uma conduta moralmente aceita pode constituir um delito. Exemplo disso é o jogo do bicho. Embora seja contravenção penal, a comunidade, de certa maneira, a aceita como perfeitamente moral.

Note-se que alguns princípios constitucionais, tais como o da proporcionalidade, razoabilidade, etc., podem ser de fácil compreensão e aplicação. No entanto, há de se reconhecer que a aplicação do princípio da moralidade não é simples, pois o conceito de moralidade é muito vago e abstrato. Ressalta-se que o legislador conseguiu transformar uma norma princípio em norma regra, tal é o caso do princípio da moralidade.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 77.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 77.

Por conseguinte, a violação do princípio da moralidade afronta a Constituição da República Federativa do Brasil ou mesmo constitui ilícitos previstos em várias leis extravagantes. De fato, sua infringência pode acarretar um ilícito penal e/ou improbidade administrativa.

A não observância ao princípio da moralidade constitui, sempre, um ilícito administrativo e improbidade administrativa no nosso ordenamento jurídico. Não é demais acentuar que algumas regras morais foram transformadas em regras de Direito Penal, Improbidade Administrativa e de Direito Administrativo, em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, ressalte-se que, embora haja vários princípios a serem observados na Administração Pública, o art. 37, da Constituição da República de 1988, faz referência explícita apenas ao da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Isso não quer dizer que os demais já citados não devam ser observados e que estão elencados em outros dispositivos constitucionais. Todavia, o legislador entendeu serem mais importantes os princípios do art. 37, os quais, inclusive, devem ser observados no Direito Eleitoral, quando o candidato for lidar com a coisa pública.

Sem adentrar na questão se a probidade administrativa seria uma espécie de moralidade administrativa, vê-se que o Supremo Tribunal Federal avançou ao considerar o princípio da moralidade como sendo preponderante em relação à coisa julgada, uma vez que, nesse caso, o que se pretendeu foi efetivar o direito fundamental, a probidade ou moralidade, em franca proteção à coletividade.

Assevera Gregório Assagra que:

Com efeito, a moralidade administrativa, dentro dos seus contornos, é princípio constitucional fundamental, tanto que a própria Constituição assegura o direito do cidadão de ajuizar ação popular (art. 5º, LXXII, da CF) para a impugnação de conduta, omissiva ou comissiva, que seja lesiva à moralidade administrativa¹⁰⁶.

4.2.6 Princípio da proporcionalidade

Um dos princípios constitucionais que ganha cada vez mais relevo é o princípio da proporcionalidade. Nele, é possível visualizarmos duas funções distintas. A primeira delas

¹⁰⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2008, p. 562.

configura-se como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação do Estado quando este impõe limites a esses direitos.

Igualmente, na validação dos princípios constitucionais, quando estão em conflitos, há relevo da aplicação do princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade trazida do direito americano) para afastar a aplicação de um ou outro princípio. Nele, é possível visualizarmos duas funções distintas. A primeira delas configura-se como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação do Estado quando este impõe limites a esses direitos. E segundo serve de parâmetro para aplicação de sanção justa.

O princípio da proporcionalidade funciona como critério para solução de conflitos entre direitos fundamentais, por meio do qual se faz um juízo comparativo, ponderando os interesses envolvidos no caso concreto.

Paulo Bonavides ressalta essa função em sua obra:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos¹⁰⁷.

É de se destacar o fato de o princípio da proporcionalidade não constar expressamente na Constituição da República, ou seja, não há empecilho jurídico para seu reconhecimento. Embora esteja “implícito” na Constituição, a sua aplicação pelos demais poderes é obrigatória, incluindo aí o Poder Judiciário, pois assim dispõe o parágrafo 2º do artigo 5º da CR/88: *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado”*.

Corroborando tal assertiva, Paulo Bonavides afirma que:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivado em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição¹⁰⁸.

¹⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003, p. 425.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003, p. 436.

Assim, com já dito, a utilidade desse princípio constitucional reside, sobretudo, nas ocasiões em que ocorrerem conflitos entre princípios, ou entre eles e as normas jurídicas, bem como entre valores tutelados por essas normas. Para dirimir esses embates, o princípio da proporcionalidade será importantíssimo, pois pode ser usado como critério para solucionar da forma mais conveniente as demandas ao sopesar o instante em que se deve aceitar prioritariamente um e desatender o mínimo possível o outro princípio, norma jurídica ou valor tutelado.

Para o processo eleitoral, a utilização desse princípio é de fundamental importância, pois dessa forma pode-se saber qual valor deve ser adotado no momento da aplicação da sanção eleitoral.

Outro princípio que tem ligação direta com o princípio da proporcionalidade é o da razoabilidade. Segundo Hely Lopes Meireles,¹⁰⁹ do princípio da razoabilidade decorre o da proporcionalidade e eles estão ligados conceitualmente.

O princípio da razoabilidade está intimamente ligado ao da discricionariedade administrativa. Muito embora a forma como o ato administrativo discricionário será praticado não esteja prevista em lei, ele há de obedecer a certos parâmetros e um deles é a razoabilidade.

Hely Lopes Meireles assim define a razoabilidade:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que ao serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada. Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrado queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de direito¹¹⁰.

¹⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2000, p. 101. “Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade.”

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2000, p. 99.

E ainda acentua o autor que “fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados)”¹¹¹. No direito administrativo, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade estão expressos no art. 2º da lei nº 9.784/1999, ao tratar do processo administrativo.

A proporcionalidade, no Direito Eleitoral, deve permear a aplicação das sanções, uma vez que em alguns casos pode-se optar pela pena de multa em vez da decretação de inelegibilidade ou cassação de registro/diploma, mais precisamente as condutas descritas no art. 73 da Lei n. 9.504/97.

A Justiça Eleitoral tem aplicado esses princípios no julgamento de algumas ações eleitorais, mormente, como dito, em se tratando das condutas vedadas (art. 73 da Lei n. 9.504/97).

4.2.7 Princípio da inafastabilidade da jurisdição

Não há um conceito único para jurisdição. Ao longo da história, a jurisdição ganhou acepções distintas. No presente trabalho limitaremos a definir jurisdição como uma das funções do Estado.

Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco conceituam jurisdição:

é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).¹¹²

O Estado por meio do exercício da função jurisdicional tem por objetivo alcançar, diante do caso concreto, a efetividade das normas de direito substancial.

Nesse mesmo sentido, Tourinho Filho conceitua jurisdição como:

¹¹¹MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2000, p. 100.

¹¹²CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 19ª.ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003, p. 131 e 132.

aquela função do Estado consistente em fazer atuar, pelos órgãos jurisdicionais, que são os juízes e Tribunais, o direito objetivo a um caso concreto, obtendo-se a justa composição da lide.

[...]

Esse poder de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, por meio do processo, e por um órgão desinteressado, imparcial e independente, surgiu, inegavelmente, como impostergável necessidade jurídica à própria sobrevivência do Estado¹¹³.

Assim, jurisdição na concepção de Tourinho Filho é ao mesmo tempo poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação da soberania Estatal. Como função, é o dever atribuído ao órgão jurisdicional, por meio do processo, aplicar a lei ao caso concreto, ou seja, o provimento jurisdicional e como atividade é a concatenação de atos do juiz no processo, em busca da efetivação do direito tendente a dar a cada um o que é seu.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988, tem sido denominado, também, por alguns autores, de princípio do direito de ação e, por outros, tem sido definido como princípio do acesso à justiça.

O princípio em questão pressupõe a existência de meios processuais colocados à disposição do cidadão para requerer a tutela estatal.

Assim, Lucas Cruz Neves define o princípio:

[...] A amplitude desse princípio, também denominado “inafastabilidade do controle judiciário”, implica considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão contra todos os atos do Poder Público, quer atos de administração, quer legislativos e jurisdicionais. Consagra, outrossim, a existência de uma jurisdição comum, competente para apreciar a demanda, sem prejuízo, porém, para que outras jurisdições especiais sejam estabelecidas para o exercício dessa missão.

O princípio da inafastabilidade de lesão ou ameaça de direito ao Poder Judiciário impõe que, na medida do possível, a jurisdição seja ofertada de modo a evitar agressões a direitos. Vale dizer, a lei não excluirá a lesão ou ameaça a direito do controle estatal e, dessa forma, deve oferecer aos contendores um procedimento ágil para que ambos não saiam frustrados (a lei que institui o contraditório não tem o condão de sepultar justas pretensões que naufragarão na medida em que seja observada a bilateralidade da audiência).

Também não se pode olvidar que a Constituição assegurou no artigo 5º, inciso XXV, da CF não apenas o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas a garantia de acesso à ordem jurídica justa, que contempla o direito à adequada, tempestiva e efetiva tutela jurisdicional. [...] ¹¹⁴.

De acordo com o processualista Nelson Nery Júnior, o comando, previsto no art. 5º inciso XXXV da CR/1988, menciona que o destinatário principal desta norma é o legislador. O comando constitucional, contudo, atinge a todos indistintamente, ou seja, o jurisdicionado

¹¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2003. p. 49.

¹¹⁴ NEVES, Lucas Cruz. *Dos Princípios Processuais Constitucionais*. Revista Jurídica On Line, *Doctum* Educação e Tecnologia. Caratinga: 2004, p. 12.

não pode ser obstado em seu direito de ir a juízo deduzir sua pretensão nem pelo legislador nem por nenhuma outra pessoa. Assim escreveu o autor:

Segundo o art. 5º, n. XXXV, da CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão¹¹⁵.

Afirma Rosemiro Pereira Leal:

Evitaremos aqui a expressão equívoca de “acesso à justiça”, porque, como já esclarecemos, a palavra justiça, quando assim posta nos compêndios de direito, pode assumir significados vários que, a nosso ver, perturbam a unidade semântica e seriedade científica do texto expositivo. É certo que o cognominado “acesso à justiça” nada tem a ver com o acesso aos direitos fundamentais do homem, porque simploriamente definido como “*algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.*” Também a expressão “acesso à justiça” não é a síntese de todos os princípios e garantias constitucionais do processo, porque atualmente o modelo constitucional do PROCESSO é que, por incorporar o princípio da ampla defesa pelo direito-de-ação, é que gera o livre acesso à jurisdição, como direito irrestrito de provocar a tutela estatal (art. 5º, XXXV, CR/88).¹¹⁶

Ainda, Paulo Roberto de Gouvêa Medina acentua que:

[...]

Consoante o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em outras palavras, quer isso dizer que a Constituição assegura ao titular de uma pretensão a faculdade de exercitá-la em Juízo por meio da ação própria, buscando a tutela jurisdicional para o seu direito. E que o direito de ação, assim instituído, não poder ser cercado por nenhuma disposição legal.

O poder jurisdicional alcança, portanto, com a sua tutela, todas as lesões ou ameaças a direitos individuais ou coletivos – o que levou PONTES DE MIRANDA a batizar o princípio em referência de princípio de ubiqüidade da Justiça.

[...] ¹¹⁷

A Constituição garante, na verdade, a necessária tutela estatal, sendo este um princípio basilar do Estado de Direito. Sempre que houver violação do direito ou ameaça a ele, o Estado será chamado a intervir por meio do Poder Judiciário. A Constituição garante, por isso, a

¹¹⁵JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., rev. e atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 98.

¹¹⁶LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., 2001, p. 78.

¹¹⁷MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43-44.

todos aqueles que se sentirem lesados o direito de ação. Desse modo, o Juiz está autorizado, fazendo uso, inclusive, de tutela preventiva, a fazer cessar qualquer lesão.

Nesse sentido, expressa Lucas Cruz Neves:

Urge ressaltar que o princípio da inafastabilidade agasalha a tutela preventiva contra ato ilícito quando, conforme previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, está expresso que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, restando autorizado o manejo da tutela inibitória ou preventiva. A esse respeito, conclui LUIZ GUILHERME MARINONI, dizendo que “é possível afirmar até mesmo que a inserção da locução ‘ameaça a direito’ na nova verbalização do princípio da inafastabilidade teve por fim deixar claro que a tutela preventiva é constitucionalmente garantida”.¹¹⁸

O direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado. Este não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional.

É certo que o Estado-juiz não está obrigado a decidir em favor do autor, devendo aplicar o direito ao caso concreto. O magistrado, no entanto, tem o dever de fazer atuar a jurisdição, o que implica dizer, mesmo que não houvesse previsão constitucional de concessão de tutela inibitória ou preventiva, mesmo assim o Juízo poderia concedê-la, se o caso concreto o reclamasse.

É o que afirma Nelson Nery Junior:

Pelo texto do CPC 273, cabe concessão de liminar em, praticamente, qualquer ação judicial de rito ordinário. Mesmo assim, ainda que a lei não preveja para determinada hipótese a concessão de medida liminar, se ela for necessária como tutela jurisdicional adequada para o caso concreto, o juiz só atenderá ao princípio constitucional do direito de ação se a conceder.¹¹⁹

O direito de ação, efetivado somente mediante o processo, é o único meio de aplicação do direito ao caso concreto. É certo que somente os órgãos jurisdicionais estão autorizados, constitucionalmente, a dirimir conflitos sociais por meio da ação.

A tutela jurisdicional prevista na Constituição Federal efetiva-se pela ação do jurisdicionado que, exercendo o direito à jurisdição, pede ao Estado-Juiz o reconhecimento de seu direito material, ou mediante a tutela inibitória ou tutela preventiva, ou, enfim, com o provimento final que é a resolução da lide.

Nesse mesmo sentido posiciona José Roberto dos Santos Bedaque:

¹¹⁸NEVES, Lucas Cruz. *Dos Princípios Processuais Constitucionais*. Revista Jurídica On Line, *Doctum* Educação e Tecnologia. Caratinga: 2004, p. 13.

¹¹⁹JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., rev. e atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100-101.

A efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*); têm a seu dispor meios adequados (*effettività tecnica*) para a obtenção de um resultado útil (*effettività qualitativa*), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material (*effettività oggettiva*).

E, nessa mesma linha de raciocínio, parece lícito afirmar que o conceito constitucional de tutela jurisdicional se sobrepõe à distinção entre direito material e processo, pois contém elementos de um e de outro.

A garantia constitucional da ação representa, na verdade, garantia de tutela adequada à situação substancial, assegurando atuação e satisfação eficaz dos interesses reconhecidos no plano material.

Assim, direito de ação não é direito à sentença favorável, a uma sentença qualquer ou à sentença de mérito. Não é suficiente afirmar que o art. 5º, inciso XXXV, constitucionalizou o direito abstrato de ação. Importa coordenar essa garantia com outras existentes no texto constitucional e estabelecer o modelo político-processual brasileiro.

Tais expressões, além de equívocos, representam problemas já superados pelo processualista, hoje mais preocupado em construir uma ciência de resultados.¹²⁰

Não é possível, portanto, afastar o cidadão da tutela dos direitos fundamentais inerentes à cidadania, como o direito à democracia participativa, direito ao voto e seu controle e amplo acesso às ações eleitorais, uma vez que é direito constitucional do jurisdicionado obter provimentos judiciais tutelares ou preventivos para salvaguardar direitos.

No caso do mandato eletivo, é necessário que o cidadão possa, por meio de ações eleitorais, proteger a sociedade daqueles candidatos que conquistaram seus mandatos por meio de fraude, corrupção, abuso de poder, captação ilícita de votos, ou, vale dizer, por qualquer ilícito eleitoral, porquanto esse desiderato não é somente do Ministério Público, Partidos e candidatos.

4.2.8 A dicotomia entre o princípio da celeridade, o princípio do contraditório e o da ampla defesa

O princípio da celeridade ou duração razoável do processo foi erigido a cânone constitucional - art. 5º, inciso LXXVIII, a ver:

Art. 5º. [...]

[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[...]

¹²⁰BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003, p. 76-77.

O processo eleitoral é dinâmico e tem prazo legal para iniciar e terminar. Vigem no direito eleitoral, portanto, o princípio da celeridade processual que visa à efetiva prestação jurisdicional. Daí decorre, também, o princípio da eventualidade ou preclusão cujo pressuposto é que cada ato processual deva ser realizado na fase própria, (ressalve-se matéria constitucional que não se sujeite à preclusão).

José Carlos Pimenta afirma:

As eleições para o provimento de todo e qualquer mandato eletivo, nos municípios, nos Estados, no Distrito Federal e na União Federal, transcorrem segundo calendário eleitoral específico, editado pelo Tribunal Superior Eleitoral (art. 23, IX, XVIII, do Código Eleitoral), abrangendo as fases do lançamento de candidaturas e de seu registro, de propaganda política, de votação, de apuração, tendo a diplomação como epílogo.

Daí a necessidade de rígida observância do tempo estabelecido para o desenvolvimento de cada uma daquelas etapas, nos prazos previstos em lei, porque logo em seguida à diplomação sobrevém a posse dos eleitos¹²¹.

Torquato Jardim, ainda, citado por José Carlos Pimenta, afirma:

“A celeridade decorre do curtíssimo prazo em que se passam, e têm que ser julgados definitivamente, os conflitos e litígios para que não ocorra dano irreparável à campanha eleitoral de candidato ou de partido político (...) A par da justificativa da teoria geral do processo, no direito eleitoral tem-se, na nota peculiar da *celeridade*, o princípio com o qual responde o direito à dinâmica dos fatos que busca controlar”¹²².

No entanto, o princípio da celeridade (duração razoável do processo) não pode aviltar os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º inciso LV da CR/1988, pois são garantias constitucionais inerentes a todo processo judicial e administrativo.

Aqui, deve-se gizar que o princípio em questão não é princípio informativo do processo, mas sim princípio orientador da atividade jurisdicional ou do procedimento, como assevera Fernando Horta Tavares:

O novo princípio de direito fundamental da Duração Razoável do Procedimento (e não do processo) e da Celeridade de Tramitação deve ser aplicado em estrita complementariedade com os demais princípios regentes da processualidade, isto é, Isonomia, Contraditório e Ampla Defesa, de modo a se dar uma interpretação sistêmica a este novo direito-garantia, também de índole fundamental, como os demais¹²³.

¹²¹PIMENTA, José Carlos. *Processo Eleitoral e controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 111.

¹²²PIMENTA, José Carlos. *Processo Eleitoral e controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 111-112.

¹²³TAVARES, Fernando Horta. *Tempo e processo*. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 223.

Por outro lado, dada a especificidade dos direitos tutelados pelo Direito Eleitoral, encontra-se um dilema, pois, ao mesmo tempo que se devem observar os princípios da ampla defesa e do contraditório, deve-se evitar que haja perda do objeto. Isso decorre do fato de que o mandato dura 04 anos e após esse prazo não se justifica um provimento jurisdicional, a não ser para aplicar multa, ou mesmo para reconhecer a inocência do candidato. Esse dilema deve ser solucionado sempre de forma a dar observância ao princípio do devido processo constitucional¹²⁴.

De toda forma, os princípios reitores do processo, mormente o do contraditório e da ampla defesa, são de observância obrigatória, tanto mais porque estes princípios são informadores do processo judicial e o da celeridade é apenas um princípio orientador da atividade jurisdicional, como já asseverado.

É certo que a redução do tempo da prestação jurisdicional, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, à CR/88 - inciso LXXVIII, ao art. 5º, CR/88, assegura a todos os litigantes, no âmbito judicial ou administrativo, a garantia da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Não se deve, então, confundir o princípio da celeridade, que é direito fundamental, com os princípios basilares do processo que sobrepõem àquele.

Diante do rol de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal para serem implementados, Edilene Lobo alerta para a “síndrome da celeridade e entende que não é possível “enquadrar a celeridade como princípio diretivo do processo jurisdicional eleitoral, na medida em que sua aplicação tem servido à redução da cognição”¹²⁵.

Ainda, acentua a referida autora que:

Nesse passo, não se podem defender a aceleração dos prazos para oferta de contestação e manejo de recurso e a execução imediata de decisões no processo eleitoral como corolários da celeridade. Essa concepção afasta do interessado a garantia do discurso científico pelo contraditório e do acesso ao duplo grau de jurisdição como desdobramento da ampla defesa (TEIXEIRA, 2009). E mitigando-os, o resultado não encontra validade no sistema processual constitucional. Doutra banda, como tais limitações de fala e de participação dirigem-se apenas às partes, ferem a isonomia e a simétrica paridade, porque conferem ao Estado-Juiz posição superior e desigual na atuação processual. Ou seja, não há comparticipação (NUNES, 2008), mas o jugo e a imposição que levam ao desequilíbrio processual. Assim, não podem ser enquadrados como referentes lógicos do processo jurisdicional¹²⁶.

¹²⁴ TAVARES, Fernando Horta. *Tempo e processo*. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 223. In: “[...] Destas considerações resulta que não se pode imprimir velocidade a qualquer tipo de estrutura procedimental, seja no âmbito judicial seja no âmbito administrativo seja em qualquer espaço público, sem a observância do Devido Processo Constitucional e ao Princípio da Reserva Legal.”

¹²⁵ LOBO, Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 98 e 100.

¹²⁶ LOBO, Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 97.

De fato, tem razão a autora, pois estipular prazo certo para a cognição processual é relativizar princípios reitores do processo. Assim, o prazo de um ano¹²⁷ estipulado pela lei destinado à tramitação do processo no âmbito eleitoral, em todas as instâncias, é prejudicial à observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. De toda forma, nem todos os Tribunais cumprem esse prazo em razão do número excessivo de processos judiciais.

Mais interessante ainda é o projeto de lei do Senado de n. 384, de 2013, apresentado pelo Senador Ruben Figueiró, que prevê o absurdo prazo de 60 dias para tramitação das ações judiciais eleitorais em cada instância. Pode-se dizer que esse prazo mínimo sequer daria para instruir o processo de forma segura e com observância do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, esse projeto está tramitando no Senado. Isso prova mais uma vez o desconhecimento da realidade da Justiça Eleitoral e, ainda, o desconhecimento da atividade jurisdicional desta Justiça, pois para muitos leigos a Justiça Eleitoral sequer exerce jurisdição.

Vê-se ainda que o entendimento de processo como procedimento em contraditório está longe de ser compreendido e alçado ao *status* constitucional. O processo no Estado Democrático de Direito não pode ceder espaço para a celeridade em nome de uma Justiça cega, que prima pelos fins, não importando os meios. Não se deve esquecer que uma instrução processual calcada nos princípios da ampla defesa e do contraditório é mais justa do que aquela em que todos os meios de defesa do acusado foram relegados.

O provimento final, nesse ponto, não é legítimo. A participação de todos os interessados na construção do provimento final deve ser efetiva de modo a abarcar todos os anseios das partes em litígio. A pressa, a precipitação não coaduna com a observância dos amplos meios de defesa e do contraditório no processo.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, *et al*:

É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os "litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral", está a Constituição (art. 5º, inc. LV) formulado a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais

¹²⁷ BRASIL. Lei n. 9.504/1997, acrescentada pela Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, que estabelece normas para eleições. *Manual de Legislação Eleitoral*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014. " Art. 97-A. Nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009); § 1º A duração do processo de que trata o caput abrange a tramitação em todas as instâncias da Justiça Eleitoral. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009); § 2º Vencido o prazo de que trata o caput, será aplicável o disposto no art. 97, sem prejuízo de representação ao Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)."

provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual¹²⁸.

Quer se entenda o processo como relação jurídica, quer se entenda o processo como situação jurídica e, ainda, como processo em procedimento em contraditório, é certo que a ampla defesa e o contraditório devem estar sempre presentes, de modo a garantir um provimento final construído entre as partes e não imposto pelo Estado-Juiz.

A celeridade não se coaduna com o processo coletivo. São antípodas. A observância do princípio da celeridade levada às últimas consequências “sepulta”, em definitivo, as garantias constitucionais do processo. Vicente de Paula Maciel Júnior assim se posiciona acerca dessas garantias:

Se a parte não pode ter excluído de apreciação pelo Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito e a parte não quer o acordo, não há fundamento infraconstitucional que supere o direito constitucional de a parte demandar e defender em juízo seus interesses.

As razões de simplificação, de redução da massa de processos, de liberação das vias judiciárias, podem ser razões práticas úteis para orientar uma racionalização do procedimento, uma política legislativa, mas não pode ser uma justificativa para sepultar as garantias constitucionais do processo e a ideia principal que interessa, que é o julgamento do mérito do processo¹²⁹.

O processo é independente e garantidor de direitos coletivos e individuais. Portanto, não pode também depender do tempo cronológico. Os homens sabem que o tempo passa de uma forma ou de outra. Assim, a supressão de direitos em decorrência da celeridade não é o caminho a seguir. Devem-se encontrar outros caminhos de modo a ter julgamentos com duração razoável sem que com isso se sacrifiquem direitos fundamentais. Para Fernando Horta Tavares:

Responsabilizar o tempo por danos soa como uma evasiva mítica, sendo inevitável questionar-se sobre o quê ou quem se esconde, ou o quê se quer proteger ou poupar para justificar a inaplicabilidade do denominado “direito à tempestividade da resposta jurisdicional”, na versão de Marinoni (em artigo publicado em página eletrônica do autor, intitulado “O custo e o tempo do processo civil brasileiro”)¹³⁰.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 19ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 285.

¹²⁹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 171.

¹³⁰ TAVARES, Fernando Horta. *Tempo e processo*. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 217.

Não se deve culpar o tempo em razão da longa duração do processo, mas sim estabelecer isonomia no cumprimento dos prazos entre todos aqueles que praticam atos decisórios ou não no processo.

Fernando Horta Tavares trata bem a questão ao acentuar que:

Por fim, a almejada celeridade de tramitação em tempo adequado passa, simplesmente, pelo aspecto da estrita legalidade dos próprios Códigos de Processo, isto é, a Administração Judiciária deve, como as demais pessoas a ela equiparadas pelo Princípio da Isonomia, cumprir e praticar os atos processuais segundo a moldura definida pela norma procedimental, expungindo-se do ordenamento jurídico brasileiro, por incompatíveis com os princípios constitucionais do Processo, os prazos diferenciados para a Fazenda Pública e os mal denominados “prazos impróprios” para o juiz e seus auxiliares.¹³¹

Por fim, o princípio da duração razoável do procedimento perpassa pela reformulação da administração da justiça e não pelo sacrifício do devido processo legal e, ainda, pela observância do princípio da isonomia entre todos participantes do processo, ou seja, autor, réu, auxiliares do Juiz, Ministério Público, Juiz¹³².

É certo que o provimento final com a participação de todos os litigantes em isonomia não poderá ser alcançado com o envilecimento das garantias processuais constitucionais.

4.3 Princípios fundamentais do Direito Eleitoral

São vários os princípios do Direito Eleitoral. Abordaremos somente os da democracia, do sufrágio universal e o da liberdade partidária.

Jairo Gomes destaca os seguintes princípios:

¹³¹ TAVARES, Fernando Horta. *Tempo e processo*. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 223.

¹³² TAVARES, Fernando Horta. *Tempo e processo*. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 219. In: “Observe-se que os Códigos de procedimento civil, penal, trabalhista e outras normas infraconstitucionais de natureza procedimental já definem marcos de começo e fim para a prática dos atos a serem observados pelas partes, sujeitos à preclusão. A obediência à legalidade estrita, contudo, inexplicavelmente não ocorre com a atividade desenvolvida pelo Estado-Juiz, não só por que o instituto da preclusão não o alcança, como, a sua vez, recebe justificação da doutrina tradicional que classifica os prazos endereçados ao mesmo Estado-Juiz como “prazos impróprios”, em clara dissonância com o Princípio da Isonomia, constante do caput do art. 5º, da Constituição Brasileira, em que se institucionalizou a igualdade de todos perante a lei, não excluindo na escrituração do Princípio a sujeição do próprio Estado, que é pessoa jurídica de direito público e, portanto, como qualquer outro, não autorizado a desrespeitar os prazos criados por lei. Logo, duração razoável indica tramitação ou a prática de atos “delimitada por marcos temporais com começo e fim”, mas esta trilha procedimental deve ser percorrida regularmente (que é a melhor definição técnica para o termo “razoável”, também ligada à racionalidade procedimental).”

Vários são os princípios presentes no Direito Eleitoral. Entre eles, destacam-se os seguintes: democracia, democracia partidária, Estado Democrático de Direito, poder soberano, republicano, federativo, sufrágio universal, legitimidade, moralidade, probidade, igualdade ou isonomia. Relevam ainda princípios de natureza processual¹³³.

4.3.1 Princípio da democracia

A Democracia se aperfeiçoa através de contrato social em que o próprio povo soberano se governa. A Democracia, como regime, atinge seu ápice quando se dá liberdade plena aos cidadãos, os quais têm direito de participação em igualdade nas atividades políticas do Estado.

Segundo Bobbio, o significado de democracia ainda permanece o mesmo após séculos:

[...] Seja o que for que se diga, a verdade é que, não obstante o transcorrer dos séculos e todas as discussões que se travaram em torno da diversidade da democracia dos antigos com respeito à democracia dos modernos, o significado descritivo geral do termo não alterou, embora se altere, conforme os tempos e as doutrinas, o seu significado valorativo, segundo o qual o governo do povo pode ser preferível ao governo de um ou de poucos e vice-versa. O que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos, aos menos no julgamento dos que vêem como útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que é sempre o "povo", entendido como o conjunto dos cidadãos a que cabe em última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito: nos mesmos anos em que através das Declarações dos Direitos, nasce o Estado constitucional moderno, os autores do Federalismo contrapõem a democracia direta dos antigos e das cidades medievais à democracia representativa, que é o único governo popular possível num grande Estado. [...]¹³⁴.

Prossegue o autor a fazer a distinção entre democracia em seu sentido formal e substancial:

[...] costuma-se distinguir a democracia formal da substancial, ou, através de uma outra conhecida formulação, a democracia como governo do povo da democracia como governo para o povo. Não é o caso, aqui, de repetir ainda uma vez que nessas duas acepções a palavra "democracia" é usada em dois significados diversos o suficiente para produzirem inúteis e intermináveis discussões, como a dedicada a saber se é mais democrático um regime em que a democracia formal não se faz acompanhar de uma ampla igualdade ou o regime em que uma ampla igualdade é

¹³³ GOMES, José Jairo, *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 35.

¹³⁴ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 31-32.

obtida através de um governo despótico. Desde que na longa história da teoria democrática se combinam elementos de método e motivo ideais, que apenas se encontram fundidos na teoria rousseauiana, na qual o ideal fortemente igualitário que a move só encontra realização na formação da vontade geral, ambos os significados são historicamente legítimos. Mas a legitimidade histórica de seu uso não permite nenhuma ilação sobre a eventual presença de elementos conotativos comuns.

Dos dois significados, é o primeiro que está historicamente ligado à formação do Estado liberal. No caso de se assumir o segundo, o problema das relações entre liberalismo e democracia torna-se muito complexo, tendo já dado lugar, e há motivos para crer que continuará a dar lugar, a debates inconclusivos. De fato, nesse modo o problema das relações entre liberalismo e democracia se resolve no difícil problema das relações entre liberdade e igualdade, um problema que pressupõe uma resposta unívoca a essas duas perguntas: "Qual liberdade? Qual igualdade?"

Em seus significados mais amplos, quando se estendam à esfera econômica respectivamente o direito à liberdade e o direito à igualdade, como ocorre nas doutrinas opostas do liberalismo e do igualitarismo, liberdade e igualdade são valores antitéticos, no sentido de que não se pode realizar plenamente um sem limitar fortemente o outro: uma sociedade liberal-liberalista é inevitavelmente não-igualitária, assim como uma sociedade igualitária é inevitavelmente não-liberal. Libertarismo e igualitarismo fundam suas raízes em concepções do homem e da sociedade profundamente diversas: individualista, conflitualista e pluralista a liberal; totalizante, harmônica e monista a igualitária. Para o liberal, o fim principal é a expansão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder afirmar em detrimento do desenvolvimento da personalidade mais pobre e menos dotada; para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares.

A única forma de igualdade que não só é compatível com a liberdade tal como entendida pela doutrina liberal, mas que é inclusive por essa solicitada, é a igualdade na liberdade: o que significa que cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros, podendo fazer tudo o que não ofenda a igual liberdade dos outros. Praticando desde as origens do Estado liberal essa forma de igualdade inspira dois princípios fundamentais, que são enunciados em normas constitucionais: a) a igualdade perante a lei; b) a igualdade de direitos.

[...]

O princípio da igualdade perante a lei pode ser interpretado restritivamente como uma diversa formulação do princípio que circula em todos tribunais: "A lei é igual para todos". Nesse sentido significa simplesmente que o juiz deve ser imparcial na aplicação da lei e, como tal, faz parte integrante dos remédios constitutivos e aplicativos do Estado de direito, sendo assim inerente ao Estado liberal pela já mencionada identificação do Estado liberal com o Estado de direito. Extensivamente isso significa que todos os cidadãos devem ser submetidos às mesmas leis e devem, portanto, ser suprimidas e não retomadas as leis específicas das singulares ordens ou estados: o princípio é igualitário porque elimina uma discriminação precedente. [...]

Quanto à igualdade nos ou dos direitos, ela representa um momento ulterior na equalização dos indivíduos com respeito à igualdade perante a lei entendida como exclusão das discriminações da sociedade por estamentos: significa o igual gozo por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Enquanto a igualdade perante a lei pode ser interpretada como uma forma específica e historicamente determinada de igualdade jurídica (por exemplo, no direito de todos de ter acesso à jurisdição comum ou aos principais cargos civis e militares, independentemente do nascimento), a igualdade nos direitos compreende a igualdade em todos os direitos fundamentais enumerados numa constituição, tanto que podem ser definidos como fundamentais aqueles, e somente aqueles, que devem

ser gozados por todos os cidadãos sem discriminações derivadas da classe social, do sexo, da religião, da raça, etc. [...] ¹³⁵.

Por sua vez, José Jairo Gomes acentua o seguinte:

Embora práticas democráticas tenham sido experimentadas por vários povos, historicamente aponta-se a Grécia como o berço da democracia. Foram os gregos que cunharam esse termo, que deriva de *demokratia*: *demo*, povo, e *kratos*, poder, ou seja, poder do povo. Entretanto, há notáveis diferenças entre as idéias antiga e contemporânea de democracia. Basta dizer que, na antiguidade, o povo era formado por poucas pessoas e o sufrágio não era universal.

Mais que princípio inscrito na Lei Magna, a democracia constitui fundamento e valor essencial das sociedades ocidentais, definido sua estética, o modo como elas existem e operam. Tanto é que o artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e o artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, elevaram-na ao status de direitos humanos. Note-se, porém, que, a despeito da previsão formal em diplomas normativos, a democracia não é algo fixo, pois encontra-se em permanente construção; para muitos pensadores políticos, cuida-se de ideal a ser alcançado. Como ideal, a busca constante de sua concretização exige a efetiva participação de todos os integrantes da comunhão social.

Trata-se de um dos mais preciosos valores da atualidade. Os valores são construídos historicamente. Com o tempo, a realização de certas idéias torna-se consenso na comunidade, passando a moldar-lhe o perfil, integrando, pois, seu acervo cultural, sua história. Daí em diante, transformam-se em referências importantes para a tomada de decisões, e mesmo para a subsistência daquele modelo de vida social. Impõem-se naturalmente, de maneira a moldar a estrutura e o pensamento político da sociedade, participando de sua própria identidade, de seu modo de ser ¹³⁶.

Naturalmente, os cidadãos em sua totalidade não poderiam participar das decisões políticas. Por isso, idealizou a representatividade como forma dos cidadãos participarem das atividades políticas. Para que isso ocorra, devem eleger seus mandatários para atuarem em seu nome perante o Estado.

A democracia vive em total mutação, modificando de acordo com a identidade da sociedade em cada época. As ideias de liberdade e igualdade, sustentáculos da democracia, tomam formas diferentes de acordo com a maturidade da sociedade. Hodiernamente, todos podem participar da vida política do Estado, independentemente de riquezas, sexo ou cor. Isso quer dizer que o sufrágio é universal. Para uma real concretização dos ideais democráticos, todos devem participar efetivamente do processo político, senão corre-se o risco de se criar

¹³⁵ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 38-41.

¹³⁶ GOMES, José Jairo, *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 35.

dissensões em minorias desrespeitadas e possibilitar uma tentativa de ruptura do contrato social.

Ensina Jairo Gomes a respeito dessa participação que o sufrágio:

Na seara jurídica, designa o direito público subjetivo democrático, pelo qual um conjunto de pessoas – o povo – é admitido a participar da vida política da sociedade, escolhendo os governantes ou sendo escolhido para governar e, assim, conduzir o Estado. Em suma: o sufrágio traduz o direito de votar e de ser votado, encontrando-se entrelaçado ao exercício da soberania popular. Trata-se do poder de decidir sobre o destino da comunidade, os rumos do governo, a condução da Administração Pública¹³⁷.

Ainda Bandeira acentua que:

A Democracia moderna parece ter encontrado um novo fundamento nos Direitos Humanos universais, além do sufrágio universal.

[...] Ora se assim é, então a “pedra filosofal” da Democracia embrenha-se na complexidade da Legislação moderna e na problemática da própria Democracia que aqui abordamos, não a resolvendo de modo nenhum – antes, inclina-nos para um problema que é, afinal, uma petição de princípio, uma vez que deparamos com o problema embrulhado, depois de o começarmos a desembulhar. Os Direitos Humanos só resolverão a questão na forma de uma aculturação, a qual demora muito mais tempo do que as emissões de declarações ou as seduções eleitorais. E precisam de um tecido de posições jurídicas em que os direitos não têm, nem podem ter, qualquer preeminência ontológica. Na realidade, os direitos são finalidades e os meios para os realizar variam de muitas formas, não sendo o Estado e a Legislação as únicas existentes¹³⁸.

Kildare Gonçalves Carvalho também declara que:

[..] a democracia é concebida sobretudo como um regime político, pois, sendo o governo do povo, pelo povo e para o povo, que o exerce direta e indiretamente, expressa um estilo de vida política e se converte numa filosofia de vida que se institucionaliza politicamente no Estado, como forma de convivência social. [...].

Para Zorrilla de San Martin, a democracia não é uma forma ou acidente, um fenômeno, mas algo assim como uma substância, uma forma substancial, melhor dizendo, um espírito que, unido ao corpo social, o anima e o especifica. A democracia não é outra coisa que o respeito absoluto à pessoa humana, com todos os seus atributos essenciais: destino próprio inalienável, liberdade para realizá-lo, dignidade, igualdade perante a Justiça e a lei.

A democracia, segundo esclarece Rober A. Dahl, para que seja alcançada e vivenciada, acha-se relacionada com a existência dos elementos seguintes:

- a) liberdade para constituir e integrar-se em organizações;
- b) liberdade de expressão;
- c) direito de voto;

¹³⁷ GOMES, José Jairo, *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 44.

¹³⁸ BANDEIRA, André. *Os limites da democracia – A influência do Direito Democrático europeu e uma nova guerra*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, n. 1, 1995. Belo Horizonte: IAMG, 1995, p. 201.

- d) acesso a cargos públicos;
 - e) possibilidade de os líderes políticos competirem por meio da votação;
 - f) fontes alternativas de informação;
 - g) eleições livres e isentas;
 - h) existência de instituições capazes de viabilizar a política do governo e legitimadas pelo voto ou outras manifestações da vontade popular.
- [...] ¹³⁹.

Por sua vez, a república é uma forma de governar que afirma e defende a soberania do povo perante o Estado por meio do império da lei. Essa lei, nos Estados Democráticos de Direito, toma a forma de uma Constituição, que traz em seu bojo os direitos e deveres dos cidadãos, e projeta as instituições, garantindo a temporalidade dos mandatos de todos os governantes. Assim, podemos concluir que na república é imprescindível a previsão de igualdade de todos perante a lei e a anterior definição das regras a serem cumpridas pelos cidadãos e pelos governantes, como forma de conter seus anseios particulares e garantir-se que ninguém estará acima da lei.

Jairo Gomes assim discorre sobre o tema:

As formas de governo relacionam-se à estruturação do Estado com vistas ao exercício do poder. Em outros termos, dizem respeito ao modo de atribuição do poder político-estatal.

Atualmente, duas são as formas de governo mais difundidas: monarquia e república. Aquela tem como características a hereditariedade e a vitaliciedade do chefe do Estado. Não há, pois, rotatividade no exercício do poder. Diferentemente, a república tem por fundamentos a eletividade, a temporalidade e a alternância de pessoas no comando do Estado.

Na forma republicana de governo, tanto o chefe do Poder Executivo quanto os membros do Legislativo cumprem mandato, sendo diretamente escolhidos pelos cidadãos em eleições diretas, gerais e periódicas. Trata-se, pois, de governo representativo ¹⁴⁰.

Sem perder de vista que existem monarquias liberais, tal qual a da Inglaterra, que alcançam o ideal de liberdade dos cidadãos mais efetivamente que alguns Estados que têm uma roupagem de República, mas no fundo não passam de uma ditadura.

Entretanto, entendemos que a Democracia sob a forma Republicana é mais eficaz e melhor realiza os ditames da igualdade, liberdade, representatividade, etc., inclusive a proteção das minorias ocorre com efetividade na Democracia Republicana.

Carvalho assinala a característica da República com forma de Democracia:

¹³⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 126-127.

¹⁴⁰ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2012, p.42-43.

Não obstante, a Constituição de 1988, ao instituir a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito (art. 1º), vincula essa forma de governo à idéia de democracia e, portanto, de um governo limitado e responsável, surgindo daí a idéia de responsabilidade da Administração Pública, presente no artigo 37, artigo 93, IX, e no princípio do artigo 70, parágrafo único, segundo o qual “prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária¹⁴¹”.

A Democracia se aperfeiçoa através de contrato social em que o próprio povo soberano se governa. Como regime, atinge seu ápice quando se dá liberdade plena aos cidadãos, os quais têm direito de participação em igualdade nas atividades políticas do Estado, não importando o sexo, cor, condições financeiras, etc. O sufrágio é universal.

Destarte, não se deve concordar que na democracia a vontade da maioria deve prevalecer em todas as situações. Entende-se que deve ser realizada não somente a vontade da maioria, mas também a vontade de todos, inclusive das minorias, pois caso assim não fosse, poderia haver um desequilíbrio na sociedade, o que é perigoso para a democracia, com consequência que pode ir até a quebra do contrato social. A participação política de todos é essencial ao bom andamento da Democracia.

Bandeira observa que:

Ora, a Democracia moderna tem uma definição transcendente e outra, imanente.

A primeira assenta-se no fato de que o que legitima a Democracia é – à semelhança de certas tendências no pensamento científico ocidental contemporâneo e da chamada “Ciência popular” – um conjunto de conteúdos indefinidamente extensíveis quanto às regras da sua legitimação. Basicamente, o Parlamento e as “constituencies” podem constituir o que quiserem, até transformarem um homem em mulher e vice-versa. [...].

Quer dizer, a constante tendência a ser-se julgado sem lei, ou seja, gerir constantemente a crise da democracia num tom de julgamento, quando a lei varia ao sabor das maiorias, comandadas por elites oportunas que vão ministrando alívios e disseminando angústias, é o mesmo que não ter Lei, mas, não obstante, é estar sempre a ser julgado. É um lugar para super-homens, um imenso campo de concentração como o do “juiz-penitente” que narra “A Queda”. Ele refugia-se da aflição diária, num bar de má pinta em Amesterdã, onde é vencido pelo mal de viver, afinal a sua total impotência, e acaba se suicidando. Se ele é um super-homem, pela sua consciência desapaixonada, também não se consegue libertar da sua liberdade julgadora. Nem se absolve, nem expia¹⁴².

¹⁴¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 343.

¹⁴² BANDEIRA, André. *Os limites da democracia – A influência do Direito Democrático europeu e uma nova guerra*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, n. 1, 1995. Belo Horizonte: IAMG, 1995, p. 195-196.

Gregório Assagra de Almeida afirma que o princípio democrático "fundamenta todos os demais princípios e regras constitucionais" e, inclusive, aqueles que "compõem o direito coletivo", e é alicerce de uma sociedade justa¹⁴³.

Por isso, um governo democrático é aquele que concilia a opinião de todos os grupos sociais, mormente os minoritários, permitindo-lhes participar também efetivamente das decisões do Estado. Assim, a participação do cidadão no controle pós-eleitoral encontra eco na própria democracia participativa.

4.3.2 Princípio do sufrágio universal

Sufrágio universal não se confunde com voto. O conceito de sufrágio é muito mais abrangente que o de voto. O sufrágio está previsto no art. 14 da Constituição da República:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...].

Jairo Gomes¹⁴⁴ acentua que: “*Sufrágio e voto não se confundem. Enquanto sufrágio é um direito, o voto representa seu exercício. Em outras palavras, o voto é a concretização do sufrágio*”.

Carvalho, igualmente, esclarece a diferença entre sufrágio e voto:

O sufrágio é universal, isto é, o direito de votar e se ser votado é conferido a todos os cidadãos, independentemente de qualquer distinção quanto, por exemplo, a sexo, classe social ou econômica, mas que atendam às condições indicadas genéricas e abstratamente no texto constitucional, relativas à nacionalidade, capacidade, idade e alistamento eleitoral, que, no entanto, não desqualificam o sufrágio como universal, desde que sejam prévia, genérica e abstratamente definidos e aplicáveis a todos os cidadãos. O voto é direto, ou seja, a escolha se faz sem a

¹⁴³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2008, p. 452. "O princípio democrático, na sua condição de alicerce fundamental e da própria organização social, constitui-se no mais importante eixo que alimenta e impõe a transformação da realidade social com justiça. Tanto que está, ao lado do princípio do Estado de Direito, previsto logo no art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.[...]. No princípio democrático, estão fundamentados todos os demais princípios e regras constitucionais, principalmente os que compõem o direito coletivo, como uma das vertentes da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, implantadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A interpretação e a efetivação do Direito Coletivo brasileiro inspiram-se e fundamentam-se no princípio democrático e é justamente desse princípio que as demais diretrizes principiológicas e regras interpretativas do Direito Coletivo devem ser extraídas e moldadas. O princípio democrático constitui, assim, a democracia em seu sentido dinâmico e é base constitucional que vincula e inspira o processo de mudança da realidade social. Por isso, o sistema jurídico que o consagra, como o brasileiro, é dinâmico e aberto e está em constante construção pelos canais e meios legítimos instituídos ou a serem instituídos no País. Ele é antítese da compreensão estática do sistema jurídico e da própria democracia."

¹⁴⁴ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 43.

figura de eleitores intermediários. O *escrutínio* é secreto, pois com isso se procura resguardar a autenticidade da manifestação do eleitor, garantindo o sigilo da votação, por meio de mecanismos previstos na lei eleitoral, tais como cédula oficial entregue ao eleitor no momento da votação, recolhimento deste à cabine indevassável para o exercício do voto, depósito da cédula da urna, mostrando antes a parte externa rubricada para comprovação de que não houve substituição fraudulenta. A introdução, no processo eleitoral, da urna eletrônica, reforça ainda mais a garantia do sigilo da votação¹⁴⁵.

Quanto ao voto, Jairo Gomes expõe que:

O voto é um dos mais importantes instrumentos democráticos, pois enseja o exercício da soberania popular e do sufrágio. Cuida-se do ato pelo qual os cidadãos escolhem os ocupantes dos cargos político-eletivos. Por ele, concretiza-se o processo de manifestação da vontade popular.

Embora expresse um direito público subjetivo, o voto é também um dever cívico e, por isso, é obrigatório para os maiores de 18 anos e menores de 70 anos (CF, art. 14, §1º). Sua natureza jurídica deve ser bem explicitada, pois, consoante adverte Ferreira (1989:295), ele “é essencialmente um direito público subjetivo, é uma função da soberania popular na democracia representativa e na democracia mista como um instrumento deste, e tal função social justifica e legitima a sua imposição como um dever, posto que o cidadão tem o dever de manifestar sua vontade na democracia”. Argumenta-se, ainda, que a obrigatoriedade do voto faz que o cidadão se interesse mais pela vida política, dela se aproximando, e que a “massa popular” não é preparada para o voto facultativo¹⁴⁶.

Como se vê, o sufrágio universal é um direito fundamental previsto na Constituição como forma de preservar o Estado Democrático de Direito. Não existe democracia sem que se dê direito ao cidadão de escolher seus representantes e também de participar da vida política do país. Por isso, o voto corresponde ao exercício do sufrágio, é a reverberação do direito de participação na sociedade, quer como cidadão votante, quer como candidato a cargo político.

Dessa forma, o sufrágio universal, como direito fundamental, merece a proteção, não individualmente, mas de forma coletiva, pois somente assim pode-se preservar sua essência nas urnas.

4.3.3 Princípio da liberdade partidária

Sem dúvida, os partidos políticos são de suma importância na Democracia representativa. Essas entidades canalizam os anseios da sociedade fazendo-os chegar à Câmara dos Deputados e ao Senado da República. A voz do povo se faz sentir por meio dos partidos políticos que detêm o mandato dos representantes do povo.

¹⁴⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 462-463.

¹⁴⁶ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 43.

A respeito da essencialidade dos partidos políticos Jairo Gomes acentua:

No mundo contemporâneo, os partidos políticos tornaram-se peças essenciais para o funcionamento do complexo mecanismo democrático. Para se ter noção da penetração e influência dessas entidades, basta dizer que detêm o monopólio do sistema eleitoral, chegando a definir o perfil assumido pelo Estado. Não há, com efeito, representação popular e exercício do poder estatal sem a intermediação partidária.

Tais entidades constituem canais legítimos de atuação política e social; captam e assimilam rapidamente a opinião pública; catalisam, organizam e transformam em bandeiras de luta as díspares aspirações surgidas no meio social, sem que isso implique ruptura no funcionamento do governo legitimamente constituído. Ressalta Caggiano (2044:105) que, “no mundo atual, assume o partido posição fortalecida de mecanismo de comunicação e de participação do processo decisional; mais até, de instrumento destinado ao recrutamento dos governantes e à socialização política”. Não é exagero supor que a normalidade democrática depende da existência de tais “mecanismos de comunicação e de participação”. A ausência deles pode induzir uma resposta violenta de setores da sociedade que se sentem prejudicados e excluídos¹⁴⁷.

Todavia, deve-se fazer uma crítica ao pluralismo político ou ao sistema multipartidário, fundamento da República Federativa do Brasil, que vigora quando existem três ou mais partidos políticos em um estado, sendo ponto crucial a natureza democrática, ou seja, a existência de vários grupos díspares, com a conseqüente participação efetiva da minoria.

A pulverização partidária pode ser um ponto de enfraquecimento, uma vez que o número excessivo de partidos conduz à dissipação do poder e um desequilíbrio *interna corporis*. Pode ocorrer o domínio de partidos pequenos e fracos pelo poder executivo de forma a cortar a participação efetiva desses partidos.

O sistema de representação proporcional permite retratar, no parlamento, as diversas opiniões distribuídas no corpo do país. Assim, até as correntes de pensamento minoritárias, mediante a adoção do referido sistema, podem, eventualmente, garantir uma vaga no legislativo.

Esse último aspecto é uma das virtudes do sistema proporcional, pois, ao contrário do sistema majoritário, possibilita a representação das minorias. Outro ponto positivo é o estímulo à criação de novos partidos políticos, essencialmente, em virtude de sua natureza maleável e aberta a novas correntes ideológicas, o que favorece, dessa forma, o pluralismo político.

¹⁴⁷ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 80.

O sistema garante um cenário político mais compatível com a sociedade democrática de cada época, pois permite englobar diversos grupos de interesses nas instituições políticas.

A variedade de partidos políticos leva a um enfraquecimento e a instabilidade dos governos. O sistema proporcional também estimula a formação de alianças e coligações de partidos que sequer possuem identidade entre si, burlando a expectativa dos eleitores de serem atendidos em suas ideologias.

Para se alcançar uma cadeira no parlamento, há formas complicadas de contagem de votos, o que constitui um ponto negativo, uma vez que o eleitor, na maioria das vezes, não entende bem esse sistema, essa forma de cálculo e não compreende como um candidato com menos votos pode ser eleito.

A respeito da liberdade partidária, Amaral ensina que:

O princípio da liberdade partidária, indiscutivelmente, posto pela Constituição, vincula-se ao princípio pluralista. Por quatro vezes a lei fundamental utiliza o termo “pluralismo”: em seu preâmbulo (pluralismo social), no art. 1º (pluralismo político), no art. 17 (pluralismo partidário), e no art. 206-III (pluralismo de idéias e concepções pedagógicas). Esse não é, certamente, um termo vazio. Ao contrário, possui uma significação prescritiva, qualitativa. Dizer que uma sociedade deve ser pluralista não significa fixar-se uma determinação numérica, acima de alguns e abaixo de muitos, dentro da qual se permite a convivência dos diferentes. Significa, ao contrário, o dever de criar e manter esse espaço de convivência; restringi-lo, direta ou indiretamente, corresponde a ferir o princípio pluralista. Pluralismo, instrumentação da liberdade, tem sentido mais concreto, mais preciso do que esta¹⁴⁸.

O art. 17, I, da Constituição Federal preceitua que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, observado o caráter nacional destes. Tal dispositivo constitucional - por mais que não tenha especificado o alcance da expressão caráter nacional - é autoaplicável, tendo em vista que não prevê a necessidade de regulamentação por lei ordinária.

Em que pese ser dispensável a regulamentação deste artigo, pois a plena liberdade de criação dos partidos políticos é uma garantia constitucional, o Congresso Nacional editou a Lei n. 9.096/95 - Lei dos Partidos Políticos – a qual exige a criação em sua estrutura de ramificações organizacionais espalhadas em estados federativos distintos:

¹⁴⁸ AMARAL, Roberto e Sérgio Sérvulo da Cunha. *Manual das eleições*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 671.

Art. 7º O partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 1º Só é admitido o registro do estatuto de partido político que tenha caráter nacional, considerando-se como tal aquele que comprove o apoio de eleitores correspondente a, pelo menos, meio por cento dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, não computados os votos em branco e os nulos, distribuídos por um terço, ou mais, dos Estados, com um mínimo de um décimo por cento do eleitorado que haja votado em cada um deles.

Extrai-se do dispositivo acima que o legislador ordinário impôs um novo requisito para o registro do estatuto do partido, não previsto no texto constitucional

Assim, a Carta Magna, ao prever o caráter nacional dos partidos, quis impedir programas político-partidários com propostas locais ou regionais e não a necessidade de apoio de determinado número de eleitores, distribuídos por unidades da Federação.

Por tais razões, o art. 7.º, §1.º, da Lei dos Partidos Políticos vulnera profundamente o princípio constitucional que assegura a plena liberdade de criação dos partidos políticos, nos termos do art. 17 da Constituição Federal, pois o legislador ordinário cria, a seu alvedrio, uma nova “cláusula de barreira”. Contudo, o STF já se posicionou pela constitucionalidade da Lei dos Partidos Políticos.

5. FUNÇÃO JUDICIAL ELEITORAL E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA ELEITORAL

O Direito Eleitoral, em comparação com outros ramos do Direito, tais como Direito Constitucional, Civil, Penal, Empresarial, etc., não tem sido objeto de estudos mais aprofundados, não só no que tange ao processo eleitoral, mas também no que diz respeito ao sistema de contencioso eleitoral, sendo certo que há poucos autores que se debruçam no estudo desse ramo do Direito.

Deve-se pontuar que já na Constituição de 1824¹⁴⁹ constavam algumas normas eleitorais. Pode-se dizer, inclusive, que o germe da Justiça Eleitoral nasceu dessa Constituição. Entretanto, o Direito eleitoral passa a existir com o Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, o qual instituiu o primeiro Código Eleitoral no país, como já dito na introdução desse trabalho. Todavia, tem permanecido obscuro até os nossos dias.

Até 1988, a Justiça Eleitoral não exercia em sua plenitude a função judicial, pois havia apenas previsão da jurisdição penal (alguns crimes eleitorais previstos no Código Eleitoral) e

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, de de 25 de março de 1824. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 29.03.2014. "Art. 90. As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia.

Art. 91. Têm voto nestas Eleições primarias

I. Os Cidadãos Brasileiros, que estão no gozo de seus direitos politicos.

II. Os Estrangeiros naturalisados.

Art. 92. São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes.

I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras.

II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos.

III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas.

IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Comunidade claustral.

V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.

Art. 93. Os que não podem votar nas Assembléas Primarias de Parochia, não podem ser Membros, nem votar na nomeação de alguma Autoridade electiva Nacional, ou local.

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se

I. Os que não tiverem de renda liquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego.

II. Os Libertos.

III. Os criminosos pronunciados em queréla, ou devassa.

Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se

I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda liquida, na fórmula dos Arts. 92 e 94.

II. Os Estrangeiros naturalisados.

III. Os que não professarem a Religião do Estado.

Art. 96. Os Cidadãos Brasileiros em qualquer parte, que existam, são elegiveis em cada Districto Eleitoral para Deputados, ou Senadores, ainda quando ahi não sejam nascidos, residentes ou domiciliados.

Art. 97. Uma Lei regulamentar marcará o modo pratico das Eleições, e o numero dos Deputados relativamente á população do Imperio."

o julgamento do Recurso Contra Expedição de Diploma. Daquele Decreto até o último Código Eleitoral de 1965, a Justiça Eleitoral limitava-se à organização e fiscalização das eleições. Desse modo, somente com a criação da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - art. 14, §10, da CR/88; Ação de Investigação Judicial Eleitoral - art. 22 da Lei Complementar n. 64/90 e Representações previstas na Lei n. 9.504/97 - é que se inicia o delineamento da função judicial.

Antes disso, a Justiça Eleitoral era um órgão legitimador das eleições, uma vez que seu papel era de mero organizador e executor, pelo menos, no sentido de que não havia ação eleitoral alguma para cassar registro/diploma/mandato daquele candidato que fraudou ou abusou do poder econômico e político. Há a exceção do Recurso Contra Expedição de Diploma, sobre o qual discorreremos em tópico próprio. Apenas para adiantar, esse Recurso não tinha efetividade alguma, em razão da obrigatoriedade de se aguardar o trânsito em julgado e seu espectro de abrangência é muito restrito.

Cumprido relatar que até hoje a maioria dos manuais conceitua Direito Eleitoral atendendo-se somente ao processo eleitoral. Mais adiante, veremos que se trata de período eleitoral e não necessariamente processo eleitoral.

Marcos Ramayana assevera que:

O Direito eleitoral é um conjunto de normas jurídicas que regulam o processo de alistamento, filiação partidária, convenções partidárias, registro de candidaturas, propaganda política eleitoral, votação, apuração, proclamação dos eleitos, prestação de contas de campanhas eleitorais e diplomação, bem como as formas de acesso aos mandatos eletivos dos sistemas eleitorais.

Na verdade, o Direito Eleitoral tem por função regulamentar a distribuição do eleitorado, o sistema eleitoral, a forma de votação, a apuração, a diplomação e garantir a soberania popular através do voto eletrônico ou do depósito da cédula na urna eleitoral¹⁵⁰.

Joel José Cândido afirma que "o Direito Eleitoral é o ramo do Direito Público que trata de institutos relacionados com os direitos políticos e das eleições, em todas as suas fases, como forma de escolha dos titulares dos mandatos eletivos e das instituições do Estado"¹⁵¹.

Fávila Ribeiro acentua que "o Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das normas e dos procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental"¹⁵².

¹⁵⁰ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 24.

¹⁵¹ CÂNDIDO, José Joel. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Edipro, 4ª edição, Bauru, São Paulo, 1994, p. 26.

¹⁵² RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 12.

Jair Eduardo Santana, *et al.*, *o define da seguinte forma:*

[...] o Direito Eleitoral como o ramo do Direito Público interno (pois trata de interesses de ordem coletiva) que regula os direitos e os deveres do cidadão no tocante aos institutos da representação política e processo eleitoral pelo qual se constrói o governo constitucional.

Assim, cabe ao Direito Eleitoral o estudo e a aplicação das normas e dos procedimentos que sistematizam o poder do *jus suffragis*, seja ativo, seja passivo, estabelecendo uma perfeita relação entre a vontade do povo e a atividade representativo-governamental.¹⁵³

José Jairo Gomes diz que o Direito Eleitoral é o "ramo do Direito Público cujo objeto são os institutos, as normas e os procedimentos regularizadores dos direitos políticos. Normatiza o exercício do sufrágio com vistas à concretização da soberania popular"¹⁵⁴.

Tito Costa ensina que o Direito Eleitoral pode ser "entendido como um conjunto de normas destinadas a regular os deveres do cidadão em suas relações com o Estado para sua formação e atuação. Estado, aqui, entendido no sentido de governo, administração [...]"¹⁵⁵.

O conceito conferido pelos autores brasileiros sempre leva em conta as atividades administrativas desempenhas pela Justiça Eleitoral, em razão da maioria das normas eleitorais disciplinarem os procedimentos de regularização e fiscalização das eleições.

Percebe-se que, em regra, os autores não consideram o processo eleitoral como o processo em procedimento na visão de Fazzalari, ou seja, o controle via ações judiciais eleitorais para coarctar o candidato que conseguiu o mandato de forma ímproba. Voltaremos a essa classificação mais adiante.

5.1 Processo Eleitoral

Edilene Lobo assevera que o processo eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição Federal, de acordo com as normas eleitorais, comporta vários tipos de processo, a saber: Político, administrativo, legislativo e jurisdicional¹⁵⁶.

¹⁵³ SANTANA, Jair Eduardo e Fabio Luís Guimarães. *Direito Eleitoral: para compreender a dinâmica do poder político*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 28.

¹⁵⁴ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, S.A, 2012, p. 19.

¹⁵⁵ COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 4ª edição, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 17.

¹⁵⁶ LOBO, Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*, 2010, p. 41-43.

Por outro lado, Rodolfo Viana Pereira consigna que se pode detectar na doutrina (mormente estrangeira) que a expressão "*processo eleitoral*" é utilizada para compreender duas dimensões. Em suas palavras:

a) uma dimensão relativa ao processo de formação e manifestação da vontade eleitoral, sendo o conjunto de atos e procedimentos ordenados desenvolvidos com a finalidade de obter a manifestação livre e eficaz da vontade do corpo eleitoral acerca da recomposição dos mandatos representativos;

b) uma dimensão relativa ao controle jurídico-eleitoral, como sendo o conjunto de atos e procedimentos ordenados desenvolvidos perante um órgão jurisdicional com o fim de solucionar um determinado litígio de natureza eleitoral¹⁵⁷.

Prossegue o autor afirmando que o contencioso eleitoral somente existe em razão da primeira dimensão do processo eleitoral, ou seja, a dimensão relativa à "organização dos canais para a expressão da vontade popular"¹⁵⁸.

De fato, não se pode estudar o Direito Eleitoral sem levar em consideração as duas dimensões mencionadas pelo autor, mas devemos avançar em estabelecer uma diferença mais pragmática e concernente à teoria do processo.

Infelizmente, tem se dado maior ênfase à função administrativa da Justiça Eleitoral em detrimento de um estudo mais aprofundado acerca dos direitos tutelados pelo Direito Eleitoral. Tal análise poderia otimizar a atividade jurídico-eleitoral e o processo em sua acepção dada pela teoria do processo, mais precisamente no que se refere ao exposto por Fazzalari.

Prosseguindo, Rodolfo Viana Pereira opta em sua tese por utilizar a expressão "*processo eleitoral*" e "*sistemas de contencioso eleitoral*"¹⁵⁹, diferenciando, dessa forma, entendendo, as atividades administrativa e jurisdicional exercidas pela Justiça Eleitoral¹⁶⁰.

¹⁵⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 23.

¹⁵⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 23. 'Percebe-se, de antemão, que ambas as dimensões apresentam uma interface clara com noções preliminares do que seja contencioso eleitoral, pelo que resulta interessante determinar seu inter-relacionamento. Ao que nos parece, entre as duas dimensões verifica-se não uma relação entre gênero e espécie, mas sim entre principal e acessório. Desse modo, a primeira acepção (pertinente ao modo pelo qual são organizados os canais para a expressão da vontade popular) é a razão fundante da existência da segunda (relativa ao controle jurisdicional), na medida em que essa, sendo uma garantia jurídica de solução de litígio, surge para prevenção ou correção de distúrbios ocasionados em torno da realização daquela, ou seja, da administração concreta de um determinado pleito. Por se tratarem de temas diversos e com finalidades igualmente distintas, aconselha-se sejam diferenciadas também suas nomenclaturas, a fim de evitar confusões terminológicas.

¹⁵⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 23-24. "Assim sendo, reserva-se neste trabalho a expressão processo eleitoral à primeira dimensão que, em outras palavras, pode ser definido como o conjunto de atos e fases necessários à organização de uma determinada consulta eleitoral concreta e que, portanto, estabelecem o modo

O autor esclarece que o *sistema de contencioso eleitoral* pode ser relacionado à solução "de todos os litígios dotados de natureza eleitoral e surgidos em virtude do processo eleitoral" e aponta também a existência de: a) um contencioso pré-eleitoral; b) um contencioso concomitante; c) um contencioso pós-eleitoral.

Em suas palavras:

Contudo, para que se atinja um nível satisfatório de adequação entre a vontade manifesta na urnas e a vontade real do corpo eleitoral, não basta a existência dessas diretivas normativas que regulam as vias pelas quais são formadas e sufragadas as opiniões. Como forma de garantir a boa execução dos procedimentos e coibir os atos atentórios à normalidade eleitoral - passíveis de prática tanto pelos administradores eleitorais, como pelas autoridades estatais, concorrentes, eleitores e outros indiretamente envolvidos -, diversos sistemas de controle e instrumentos jurisdicionais de proteção foram criados no âmbito do Direito Comparado. É, afinal, esse conjunto de mecanismos fiscalizadores e protetivos que compõe os denominados *sistemas de contencioso eleitoral*.

Em uma perspectiva mais ampla, pode-se relacionar o sistema de contencioso à solução (política, administrativa, jurisdicional ou mista) de todos os litígios dotados de natureza eleitoral e surgidos em virtude do processo eleitoral. Existiriam, respectivamente: a) um contencioso pré-eleitoral; b) um contencioso concomitante; e c) um contencioso pós-eleitoral. A amplitude de tal abordagem é nítida, especialmente por dois motivos: por um lado, engloba todas as diferentes etapas do processo eleitoral, do ato mais periférico ao mais central, dotando o conjunto de uma máxima complexidade e, por outro lado, abarca todos os diferentes modos de controle, seja efetuado pelo próprio órgão legislativo, por órgãos administrativos ou jurisdicionais, ou ainda segundo as variadas fórmulas mistas¹⁶¹.

Sem dúvida que o Direito Eleitoral prevê os três níveis de contencioso: pré-eleitoral, concomitante e pós-eleitoral, isto é, um contencioso antes das eleições, concomitante às eleições e pós-eleições.

Para Rodolfo Viana Pereira, o controle pós-eleitoral ocorre somente após a proclamação dos eleitos e que esse controle é verdadeiramente jurisdicional, sendo que os

pelo qual serão habilitados os atores políticos, os mecanismos voltados à informação dos eleitores acerca das propostas em jogo, a realização da consulta eleitoral e os sistemas de fiscalização e garantia da regularidade das operações. Quanto ao segundo aspecto, que se reporta ao conjunto de atos dotados da finalidade de dirimir um litígio de natureza eleitoral, será preferível utilizá-lo no âmbito dos chamados sistemas de contencioso eleitoral, tema a que se fará referência posteriormente."

¹⁶⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 23-24. "Assim sendo, reserva neste trabalho a expressão processo eleitoral à primeira dimensão que, em outras palavras, pode ser definida como o conjunto de atos e fases necessários à organização de um determinada consulta eleitoral concreta e que, portanto, estabelecem o modo pelo qual serão habilitados os atores políticos, os mecanismos voltados à informação dos eleitores acerca das propostas em jogo, a realização da consulta eleitoral e os sistemas de fiscalização e garantia da regularidade das operações. Quanto aos segundo aspecto, que se reporta ao conjunto de atos dotados da finalidade de dirimir um litígio de natureza eleitoral, será preferível utilizá-lo no âmbito dos chamados sistemas de contencioso eleitoral, tema a que ser fará referência posteriormente."

¹⁶¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 24-25.

outros dois seriam de natureza administrativa.¹⁶² Todavia, veremos que em alguns casos o controle concomitante tem natureza jurisdicional, como, por exemplo, o ajuizamento de ação de investigação judicial eleitoral, antes da proclamação e inclusive da diplomação dos eleitos¹⁶³.

¹⁶² PEREIRA, Rodolfo Viana. Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 26-27. "[...] Em uma perspectiva mais restrita, a doutrina costuma associar o termo aos casos em que a proteção da normalidade eleitoral é de competência exclusiva dos tribunais. A garantia advém, pois, da solução propriamente contenciosa das questões eleitorais, eis que estas são resolvidas por um terceiro órgão imparcial de natureza jurisdicional. No entanto, na maior parte dessas abordagens, a definição da extensão do controle continua a mesma, englobando os diversos atos do processo eleitoral, dos menos complexos, como, por exemplo, o cancelamento de determinado alistamento eleitoral por motivo de óbito e a designação dos componentes das mesas receptoras, até os mais complexos, como o financiamento e o controle das campanhas eleitorais. Todavia, em função do escopo deste trabalho, será definida noção ainda mais precisa do termo. O sistema de contencioso a que se fará alusão refere-se apenas ao conjunto de medidas propostas perante órgão de natureza jurisdicional e passíveis de interposição após a etapa da proclamação dos eleitos. Em outras palavras, trata-se de contencioso jurisdicional propriamente dito: o contencioso jurisdicional pós-eleitoral. Os demais controles incidem sobre atos, em geral, de natureza administrativa, preliminares à manifestação da vontade do eleitorado e são, por isso, contenciosos de caráter preventivo, cujo objetivo é assegurar a liberdade e a autonomia de uma manifestação que, entretanto, figura apenas como expectativa. Ora, sendo a expressão do sufrágio um dos eixos centrais na realização do princípio representativo, seu ato político por excelência, o controle pós-escrutínio incide sobre sua manifestação concreta e a proteção jurisdicional representa a garantia real de que a vontade popular, agora palpável, tenha sido livre, autônoma e determinadora dos resultados obtidos."

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Abuso de poder político*. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 12028 - São Miguel do Guamá/PA - Acórdão de 27/04/2010 - Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR - Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 17/05/2010, Página 21. <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>. Acesso em 29.03.2014. " Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CASSAÇÃO DE REGISTRO DE VICE-PREFEITO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ERROS MATERIAIS. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INVIABILIDADE. DECADÊNCIA. CITAÇÃO OCORRIDA ANTES DA DIPLOMAÇÃO. ABUSO DE PODER POLÍTICO. DESVIO DE FINALIDADE E POTENCIALIDADE DEMONSTRADOS. CASSAÇÃO DO REGISTRO. JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA ANTES DA DIPLOMAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração não se prestam para o fim de rejulgamento da lide (ED-AgR-REspe nº 26.195, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJE de 1º.10.2008; ED-AgR-Ag 8.079, Rel. Min. Eros Grau, sessão de 5.8.2008; ED-AgR-Ag 6.952, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 19.8.2008). No caso, à guisa de apontar a ocorrência de supostos erros materiais, evidencia o ora agravante, com a oposição dos embargos, apenas seu inconformismo com o exame das provas produzidas nos autos, o que consubstancia mera pretensão de rediscussão dos fundamentos da causa e que não se insere na função de referido recurso.

2. A ação de investigação judicial eleitoral pode ser ajuizada até a data da diplomação (ARO 1.466/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 25.6.2009; RP 628/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 21.3.2003). Na presente hipótese, o vice-prefeito, ora agravante foi citado, por pedido expresso da Coligação autora (fl. 415), em 19.11.2008 (fl. 416v), antes, portanto, da diplomação dos eleitos. Não há falar, pois, em consumação de prazo decadencial.

3. O abuso do poder político ocorre quando agentes públicos se valem da condição funcional para beneficiar candidaturas (desvio de finalidade), violando a normalidade e a legitimidade das eleições (Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, ARO 718/DF, DJ 17.6.2005; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REspe 25.074/RS, DJ 28.10.2005). Deve ser rechaçada, na espécie, a tese de que, para a configuração do abuso de poder político, seria necessária a menção à campanha ou mesmo pedido de apoio a candidato, mesmo porque o fato de a conduta ter sido enquadrada pelo e. Tribunal a quo como conduta vedada evidencia, por si só, seu caráter eleitoral subjacente.

4. Existe presunção de dano à regularidade das eleições relativamente às condutas previstas no art. 73 da Lei nº 9.504/97 (RO 2.232/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 11.12.2009; AgR-AI 11.488/PR, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 30.11.2009).

Ainda acerca do processo eleitoral, apontam-se algumas definições dadas por alguns autores. Para Rodolfo Viana Pereira:

Conjunto de atos e fases necessários à organização de uma determinada consulta eleitoral concreta e que, portanto, estabelece o modo pelo qual serão habilitados os atores políticos, os mecanismos voltados à informação dos eleitores acerca das propostas em jogo, a realização da consulta eleitoral e os sistemas de fiscalização e garantia da regularidade das operações¹⁶⁴.

José Jairo Gomes aduz que, em sentido amplo, o processo eleitoral:

Significa a complexa relação que se instaura entre Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, Coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do sacrossanto direito de sufrágio e escolha, legítima, dos ocupantes dos cargos público-eletivos em disputa. O procedimento, aqui, reflete o intrincado caminho que se percorre para a concretização das eleições, desde a efetivação das convenções pelas agremiações políticas até a diplomação dos eleitos. Em geral, quando se fala em processo eleitoral, é a esse sentido que se quer aludir¹⁶⁵.

Quanto ao início do processo eleitoral, faz-se mister citar José Jairo Gomes no que diz respeito a várias correntes acerca do tema. Vejamos:

Há controvérsia quanto ao início do processo eleitoral, em sentido amplo. A esse respeito, destacam-se os seguintes entendimentos: (i) o processo eleitoral começa com o pedido de registro de candidaturas, ou seja: no dia 5 de julho do ano eleitoral; (ii) seu início coincide com a data mais remota de desincompatibilização, que é o mês de abril do ano das eleições; (iii) principia com o início das restrições impostas pela legislação eleitoral, sendo esse marco o mês de janeiro do ano eleitoral ante o disposto no art. 73, §10 da Lei n. 9.504/97, que proíbe, no ano em se realizar eleições "a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública [...]"; (iv) inicia-se um ano antes do certame, face ao princípio da anterioridade ou anualidade eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição Federal. Pacificou-se, porém, o entendimento de que o termo inicial do processo eleitoral coincide com as convenções partidárias para escolha de candidatos e deliberação sobre coligação. Concluída a convenção, já se pode pleitear o registro de

5. A fim de se averiguar a potencialidade, verifica-se a capacidade de o fato apurado como irregular desequilibrar a igualdade de condições dos candidatos à disputa do pleito, ou seja, de as apontadas irregularidades impulsionarem e emprestarem força desproporcional à candidatura de determinado candidato de maneira ilegítima. A conclusão do v. acórdão recorrido a respeito da potencialidade de a conduta não poder ser revista em sede de recurso especial em vista dos óbices das Súmulas 7/STJ e 279/STF (AREspe 26.035/MG, Rel. Min. Gerardo Grossi, DJ de 29.6.2007; AgR-REspe 35.316/RN, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 5.10.2009).

6. A cassação do registro é possível quando o julgamento de procedência da AIJE ocorre até a data da diplomação (RO 1.362/PR, Rel. Min. José Gerardo Grossi, DJe de 6.4.2009; AgR-AI 10.963/MT, DJe de 4.8.2009 e AgR-AI 10.969/MT, DJe de 4.8.2009, ambos Rel. Min. Felix Fischer).

7. Agravo regimental não provido. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator.

¹⁶⁴ PEREIRA, Rodolfo Viana. Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 23-24.

¹⁶⁵ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2012, p. 212.

candidaturas. Assim, seu marco inicial pode ser fixado no dia 10 de junho do ano das eleições. A partir daí é que efetivamente começa a marcha rumo ao pleito¹⁶⁶.

O início do processo eleitoral não pode ser definido em razão da escolha dos (pré) candidatos, pois o processo eleitoral abarca tanto os futuros candidatos quanto os eleitores daquela circunscrição (Eleições gerais, eleições municipais).

5.2 Processo eleitoral ou período eleitoral

A pergunta que se deve fazer é se realmente há algum marco inicial do processo eleitoral ou mesmo se a expressão tem seu sentido no Direito Eleitoral, uma vez que todos os atos praticados pela Justiça Eleitoral conduzem ao ato final, ou seja, o dia em que o eleitor deposita seu voto na urna, ou melhor, digita seu voto na urna eletrônica.

Discordamos da expressão processo eleitoral, por entendermos que essa expressão deve ser utilizada somente quando se tratar de processo jurisdicional eleitoral. A expressão foi cunhada pela Constituição Federal em seu art. 16: "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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993)".

Como se sabe a Constituição não traz conceitos técnicos, mas generaliza de forma que seus conceitos não se percam no tempo e espaço. Portanto, esse lapso de tempo deve ser interpretado no momento em que se iniciam os atos de organização das eleições que culminarão com o voto do cidadão nas urnas eletrônicas no "período eleitoral".

Esse período eleitoral não tem início, mas finda com a diplomação dos eleitos, pois a cada vez que o eleitor vai ao Cartório Eleitoral requerer seu título eleitoral¹⁶⁷, haverá um novo início. Todavia, tendo em vista que as eleições devam ocorrer em tempo certo, há um fechamento do cadastro eleitoral para que se iniciem os trabalhos das eleições.

Portanto, o período eleitoral começaria exatamente com o alistamento. Esse alistamento pode ser realizado a qualquer tempo, levando-se em conta, pois, a restrição do art. 91 da Lei n. 9.504/97: "Nenhum requerimento de inscrição eleitoral ou de transferência será recebido dentro dos cento e cinquenta dias anteriores à data da eleição".

¹⁶⁶ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, S.A, 2012, p. 212.

¹⁶⁷ De fato, o alistamento eleitoral é o primeiro ato, para o eleitor, com o fim de votar no dia das eleições. Diz o art. 42 do Código Eleitoral que: Art. 42. O alistamento se faz mediante a qualificação e inscrição do eleitor. Parágrafo único. Para o efeito da inscrição, é domicílio eleitoral o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas.

Tanto é verdade tal assertiva que mesmo findando o período eleitoral, ainda é possível impugnar os atos abusivos perpetrados nesse período, dentro do prazo de 15 dias após a diplomação (art. 14, §10 da CR/88).

Todavia, tendo em vista que se deve delimitar o início do período eleitoral, pois a competência da Justiça Eleitoral está justamente conectada a esse início dos procedimentos para organizar as eleições, é que se pode considerar como início desse período a data em que são escolhidos os candidatos em convenção partidária - art. 7º, 3ª da Lei 9.504/97¹⁶⁸.

É forçoso reconhecer que a doutrina e a jurisprudência da Justiça Eleitoral têm excluído o eleitor até mesmo da participação do processo eleitoral, elevando-o a uma pessoa sem importância que deposita, ou melhor, digita o seu voto nas urnas eletrônicas, retirando a devida importância do eleitor antes e após o ato de votar, como se a democracia participativa se realizasse somente com os políticos, candidatos, Partidos, coligações (essa última uma ficção jurídica) e Ministério Público.

Deve-se fazer uma nova leitura ao Código Eleitoral à luz dos princípios constitucionais: princípio da igualdade, princípio democrático de direito, direito de participação na democracia e "não orientado pelo modelo de Estado Social, intervencionista e tutelador da vontade popular"¹⁶⁹. O eleitor não precisa ser conduzido pela Justiça, mas ele tem de conduzir o processo eleitoral, fiscalizá-lo e controlá-lo; em suma, pensar o Direito Eleitoral à luz da Constituição Federal e da teoria do processo.

É exatamente com a inscrição eleitoral que inicia tanto o controle Judicial quanto o controle pelos legitimados¹⁷⁰. A natureza desse controle, se administrativo ou jurisdicional, será abordado em outro tópico.

¹⁶⁸ BRASIL. Lei n. 9.504/1997, acrescentada pela Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, que estabelece normas para eleições. Manual de Legislação Eleitoral. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014." Art. 7º As normas para a escolha e substituição dos candidatos e para a formação de coligações serão estabelecidas no estatuto do partido, observadas as disposições desta Lei.

§ 1º Em caso de omissão do estatuto, caberá ao órgão de direção nacional do partido estabelecer as normas a que se refere este artigo, publicando-as no Diário Oficial da União até cento e oitenta dias antes das eleições.

§ 2º Se a convenção partidária de nível inferior se opuser, na deliberação sobre coligações, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelo órgão de direção nacional, nos termos do respectivo estatuto, poderá esse órgão anular a deliberação e os atos dela decorrentes. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 3º As anulações de deliberações dos atos decorrentes de convenção partidária, na condição acima estabelecida, deverão ser comunicadas à Justiça Eleitoral no prazo de 30 (trinta) dias após a data limite para o registro de candidatos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).

¹⁶⁹ LOBO. Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 44. "[...] Nesse passo, nota-se que o processo eleitoral brasileiro é norteador por legislação havida sob outro paradigma, não tendo encontrado reforma para adequar-se à ordem atual, ou seja, o processo eleitoral concebido na norma infraconstitucional brasileira é orientado pelo modelo de Estado Social, intervencionista e tutelador da vontade popular".

¹⁷⁰ BRASIL. Código Eleitoral. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 29.03.2014. "Art. 45. O escrivão, o funcionário ou o preparador recebendo a fórmula e documentos determinará que o alistando date e assine a petição e em ato contínuo atestará

Edilene Lobo¹⁷¹ ao discorrer sobre processo eleitoral indica o alistamento como um processo inicial. A autora enumera cinco tipos de processos: político, administrativo, legislativo e jurisdicional. Assevera que a doutrina não faz distinção entre esses processos, deixando-a ao alvitre da Justiça Eleitoral, o que, sobretudo, afasta o cidadão do controle das atividades desenvolvidas nessa Justiça¹⁷². Portanto, a Justiça Eleitoral tem distintas competências: uma administrativa e outra jurisdicional, sendo que a administrativa abrange fases de contencioso pré-eleitoral e contencioso concomitante e a jurisdicional abrange contencioso concomitante e pós-eleitoral, segundo Rodolfo Viana Pereira. Todavia, entendemos que as ações judiciais eleitorais podem se situar nestas duas últimas fases e não somente na última fase como preleciona o citado autor.

5.3 Função Administrativa

Quanto à função administrativa da Justiça Eleitoral, cumpre apresentar algumas ilações. Em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que a função administrativa exercida

terem sido a data e a assinatura lançados na sua presença; em seguida, tomará a assinatura do requerente na folha individual de votação" e nas duas vias do título eleitoral, dando recibo da petição e do documento.

§ 1º O requerimento será submetido ao despacho do juiz nas 48 (quarenta e oito), horas seguintes.

§ 2º Poderá o juiz se tiver dúvida quanto a identidade do requerente ou sobre qualquer outro requisito para o alistamento, converter o julgamento em diligência para que o alistando esclareça ou complete a prova ou, se for necessário, compareça pessoalmente à sua presença.

§ 3º Se se tratar de qualquer omissão ou irregularidade que possa ser sanada, fixará o juiz para isso prazo razoável.

§ 4º Deferido o pedido, no prazo de cinco dias, o título e o documento que instruiu o pedido serão entregues pelo juiz, escrivão, funcionário ou preparador. A entrega far-se-á ao próprio eleitor, mediante recibo, ou a quem o eleitor autorizar por escrito o recebimento, cancelando-se o título cuja assinatura não for idêntica à do requerimento de inscrição e à do recibo. (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 1966)

O recibo será obrigatoriamente anexado ao processo eleitoral, incorrendo o juiz que não o fizer na multa de um a cinco salários-mínimos regionais na qual incorrerão ainda o escrivão, funcionário ou preparador, se responsáveis bem como qualquer deles, se entregarem ao eleitor o título cuja assinatura não for idêntica à do requerimento de inscrição e do recibo ou o fizerem a pessoa não autorizada por escrito. (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 1966)

§ 5º A restituição de qualquer documento não poderá ser feita antes de despachado o pedido de alistamento pelo juiz eleitoral.

§ 6º Quinzenalmente o juiz eleitoral fará publicar pela imprensa, onde houver ou por editais, a lista dos pedidos de inscrição, mencionando os deferidos, os indeferidos e os convertidos em diligência, contando-se dessa publicação o prazo para os recursos a que se refere o parágrafo seguinte.

§ 7º Do despacho que indeferir o requerimento de inscrição caberá recurso interposto pelo alistando, e do que o deferir poderá recorrer qualquer delegado de partido."

¹⁷¹ LOBO. Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 40.

¹⁷² LOBO. Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 43. "A literatura especializada não trata desses sentidos, apenas se referindo de modo geral a processo - em sentido lato ou estrito, concentrando-o nos órgãos da justiça eleitoral. Essa concentração revela a hipertrofia da atividade judicial, que acaba por colocar o principal ator desses processos em um plano subalterno e inferiorizado do ponto de vista da cidadania. Tal escolha legislativa não coaduna com o paradigma de Estado brasileiro, porquanto afasta o cidadão do controle legitimador da atividade mais importante para a democracia participativa.

pela Justiça Eleitoral é atípica e anômala, pois em essência caberia ao Executivo essa função administrativa. Todavia, após aprofundar na questão, chegar-se-á à conclusão de que a função administrativa da Justiça Eleitoral é da essência dessa Justiça, portanto, função típica, pois há previsão expressa no art. 121 da CR/88, no sentido de que lei complementar disporá sobre a competência da Justiça Eleitoral. Essa lei é naturalmente o Código Eleitoral.

Não é estranho, no ordenamento jurídico brasileiro, os três poderes exercerem atipicamente atos que não são da sua essência de existir, como assinala Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, ninguém duvida que o Poder Legislativo, além dos atos tipicamente seus, quais os de fazer leis, pratica atos notoriamente administrativos, isto é, que não são nem gerais, nem abstratos e que não inovam inicialmente na ordem jurídica (por exemplo, quando realiza licitações ou quando promove seus servidores) e que o Poder Judiciário, de fora parte proceder a julgamentos, como é de sua específica atribuição, pratica estes mesmos atos administrativos a que se fez referência¹⁷³.

O referido autor parte do critério formal, isto é, "aquele que se prende as características impregnadas pelo Próprio Direito à função tal ou qual"¹⁷⁴.

Assim, para esse autor, as funções exercidas pelo Estado têm as seguintes características:

[...] função legislativa é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de "coisa julgada", atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário¹⁷⁵.

Lúcia Valle de Figueiredo formula o seguinte conceito:

¹⁷³ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª edição, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 39, de 19.12.2002. Malheiros Editores: São Paulo, 2003, p. 31.

¹⁷⁴ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª edição, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 39, de 19.12.2002. Malheiros Editores: São Paulo, 2003, p. 33.

¹⁷⁵ MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª edição, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 39, de 19.12.2002. Malheiros Editores: São Paulo, 2003, p. 33-34.

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como extremamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo judiciário¹⁷⁶.

A autora acentua que: "Os atos praticados pela Administração Pública comportam revisão plena pelo Judiciário, uma vez que esta é a tônica, a característica do Estado de Direito. E, ademais, estriba-se o controle judicial no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil"¹⁷⁷.

Então, como se vê pela definição dos autores, a função administrativa em sua essência seria exercida pelo Executivo. Todavia, a Justiça Eleitoral é o único órgão no ordenamento jurídico que exerce duas funções: a administrativa e jurisdicional por expressa previsão constitucional - art. 121 da CR/88.

Ressaltam-se alguns típicos e atípicos de natureza administrativa. Assim, podem-se considerar como atos de natureza administrativa, típicos e atípicos, os elencados nos arts. 23, 30, 35 do Código Eleitoral, praticados pelo TSE, TREs e Juízes Eleitorais. Vejamos os quadros abaixo discriminando as funções típicas e atípicas.

5.3.1 Funções administrativas típicas conferidas à Justiça Eleitoral

5.3.1.1 Quadro 1 – A função administrativa *típica* do Tribunal Superior Eleitoral

Função Administrativa típica	Embasamento legal
Organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente os de votar e ser votado.	Art. 1º do Código Eleitoral
Proclamação dos eleitos e expedição de diploma na eleição de Presidente e Vice-Presidente da República	Art. 22, inciso I, g, do Código Eleitoral
Fixar as datas para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, senadores e deputados federais, quando não o tiverem sido por lei	Art. 23, inciso VII do Código Eleitoral

¹⁷⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 52/2006. São Paulo: Malheiros editores, 2006, p. 34.

¹⁷⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 52/2006. São Paulo: Malheiros editores, 2006, 35.

Aprovar a divisão dos Estados em zonas eleitorais ou a criação de novas zonas	Art. 23, inciso VIII do Código Eleitoral
Expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código	Art. 23, inciso IX, do Código Eleitoral
Autorizar a contagem dos votos pelas mesas receptoras nos Estados em que essa providência for solicitada pelo Tribunal Regional respectivo	Art. 23, inciso XIII, do Código Eleitoral
Requisitar a força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem e para garantir a votação e a apuração -(Redação dada pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)	Art. 23, inciso XIV, do Código Eleitoral
Tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral	Art. 23, inciso XVIII do Código Eleitoral
Apuração geral das eleições para presidente e vice-presidente da República pelos resultados verificados pelos Tribunais Regionais Eleitorais	Art. 205 do Código Eleitoral

5.3.1.2 Quadro 2 – A função administrativa *típica* dos Tribunais Regionais Eleitorais

Função Administrativa típica	Embasamento legal
Fixar a data das eleições de Governador e Vice-Governador, deputados estaduais, prefeitos, vice-prefeitos, vereadores e juízes de paz, quando não determinada por disposição constitucional ou legal	Art. 30, inciso IV, do Código Eleitoral
Constituir as juntas eleitorais e designar a respectiva sede e jurisdição	Art. 30, inciso V, do Código Eleitoral
Indicar ao tribunal Superior as zonas eleitorais ou seções em que a contagem	Art. 30, inciso VI, do Código Eleitoral

dos votos deva ser feita pela mesa receptora	
Apurar com os resultados parciais enviados pelas juntas eleitorais os resultados finais das eleições de Governador e Vice-Governador, de membros do Congresso Nacional e expedir os respectivos diplomas, remetendo, dentro do prazo de 10 (dez) dias após a diplomação, ao Tribunal Superior, cópia das atas de seus trabalhos	Art. 30, inciso VII, do Código Eleitoral
Dividir a respectiva circunscrição em zonas eleitorais, submetendo essa divisão, assim como a criação de novas zonas, à aprovação do Tribunal Superior	Art. 30, inciso IX, do Código Eleitoral
Requisitar a força necessária ao cumprimento de suas decisões, solicitar ao Tribunal Superior a requisição de força federal	Art. 30, inciso XII, do Código Eleitoral
Determinar, em caso de urgência, providências para a execução da lei na respectiva circunscrição	Art. 30, inciso XVIII, do Código Eleitoral
Organizar o fichário dos eleitores do Estado	Art. 30, inciso XVIII, do Código Eleitoral
Suprimir os mapas parciais de apuração, solicitando a utilização apenas dos boletins e os mapas totalizadores, desde que o menor número de candidatos às eleições proporcionais justifique a supressão, observadas as seguintes normas: (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)	Art. 30, inciso XIX, do Código Eleitoral

5.3.1.3 Quadro 3- A função administrativa *típica* dos Juízos Eleitorais

Função administrativa típica	Embasamento legal
Realizar as diligências que julgar necessárias à ordem e à presteza do serviço eleitoral	Art. 35, inciso IV, do Código Eleitoral
Expedir títulos eleitorais e conceder transferência de eleitor	Art. 35, inciso IX, do Código Eleitoral
Dividir a zona em seções eleitorais	Art. 35, inciso X, do Código Eleitoral
Mandar organizar, em ordem alfabética, relação dos eleitores de cada seção, para remessa à mesa receptora, juntamente com a pasta das folhas individuais de votação	Art. 35, inciso XI, do Código Eleitoral
Ordenar o registro e cassação do registro dos candidatos aos cargos eletivos municipais e comunicá-los ao Tribunal Regional	Art. 35, inciso XII, do Código Eleitoral
Designar, até 60 (sessenta) dias antes das eleições, os locais das seções	Art. 35, inciso XIII, do Código Eleitoral
Nomear, 60 (sessenta) dias antes da eleição, em audiência pública anunciada com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência, os membros das mesas receptoras	Art. 35, inciso XIV, do Código Eleitoral
Instruir os membros das mesas receptoras sobre as suas funções	Art. 35, inciso XV, do Código Eleitoral
Providenciar para a solução das ocorrências (para a solução das ocorrências) que se verificarem nas mesas receptoras	Art. 35, inciso XVI, do Código Eleitoral
Fornecer aos que não votaram por motivo justificado e aos não alistados, por terem sido dispensados do alistamento, um certificado que os isente das sanções legais	Art. 35, inciso XVIII, do Código Eleitoral
Comunicar, até às 12 horas do dia seguinte à realização da eleição, ao	Art. 35, inciso XIX, do Código Eleitoral

<p>Tribunal Regional e aos delegados de partidos credenciados, o número de eleitores que votarem em cada uma das seções da zona, sob sua jurisdição, bem como o total de votantes da zona</p>	
<p>Providenciar para que se dê ampla divulgação dos prazos de encerramento do alistamento, transferência, revisão e segunda via dos títulos eleitorais</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - art. 46, inciso IX</p>
<p>Autorizar a utilização de folhas soltas dos livros obrigatórios, assim definidos neste Regulamento</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XI</p>
<p>Criar, modificar ou extinguir os locais de votação, nos termos da legislação em vigor;</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XIV</p>
<p>Nomear os membros das Mesas Receptoras e indicar os membros das Juntas Eleitorais, bem como instruí-los sobre as suas funções, nos termos da legislação em vigor</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XV</p>
<p>Requisitar local de apuração</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XVI</p>
<p>Tomar todas as providências ao seu alcance para evitar atos viciosos nas eleições</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XVII</p>
<p>Solucionar as ocorrências que se verificarem nas Mesas Receptoras, quando necessário</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XVIII</p>

<p>Providenciar, se entender conveniente e sem ônus para a Justiça Eleitoral, a requisição de médico oficial para a concessão de dispensa a membro de Mesa Receptora, adotando para esse fim as medidas necessárias</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XIX</p>
<p>Coordenar e acompanhar os trabalhos de apuração e transmissão dos dados do resultado das eleições ao Tribunal Regional Eleitoral, no prazo legal</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XX</p>
<p>Providenciar a guarda e o descarte de cédulas, nos termos da lei vigente</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XXI</p>
<p>Exercer fiscalização permanente nos cartórios eleitorais, providenciando para que se mantenham em ordem: livros, processos, documentos e demais expedientes</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XXII</p>
<p>Observar para que sejam tomadas as providências necessárias à instalação e ao funcionamento da nova zona eleitoral que deixou de pertencer à jurisdição daquela na qual exerce as funções eleitorais, até a posse do Juiz designado pelo Tribunal Regional Eleitoral para exercer as funções eleitorais na zona recém-criada</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XXIV</p>
<p>Exercer quaisquer outras atribuições não especificadas neste Regulamento, mas nele implícitas, bem como decorrentes das determinações do Tribunal Regional Eleitoral ou de lei</p>	<p>Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízos e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XXVIII</p>

5.3.1.4 Quadro 4 – A função administrativa *típica da Junta Eleitoral*¹⁷⁸

Função administrativa típica	Embasamento legal
Apurar, no prazo de 10 (dez) dias, as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição	Art. 40, inciso I, do Código Eleitoral
Expedir os boletins de apuração mencionados no Art. 178	Art. 40, inciso III, do Código Eleitoral
Expedir diploma aos eleitos para cargos municipais	Art. 40, inciso IV, do Código Eleitoral
Verificar as urnas - examinar a sua regularidade, inclusive quanto ao funcionamento normal da seção	Art. 95, inciso I, do Código Eleitoral
Rever o boletim de contagem de votos da mesa receptora, a fim de verificar se está aritmeticamente certo, fazendo dele constar que, conferido, nenhum erro foi encontrado	Art. 95, inciso II, do Código Eleitoral
Abrir a urna e conferir os votos sempre que a contagem da mesa receptora não permitir o fechamento dos resultados	Art. 95, inciso III, do Código Eleitoral
Proceder à apuração se da ata da eleição constar impugnação de fiscal, delegado, candidato ou membro da própria mesa em relação ao resultado de contagem dos votos	Art. 95, inciso do IV, Código Eleitoral

5.3.2 Funções administrativas atípicas conferidas à Justiça Eleitoral

5.3.2.1 Quadro 1 – A função administrativa *atípica* do Tribunal Superior Eleitoral

Função Administrativa atípica	Embasamento legal
--------------------------------------	--------------------------

¹⁷⁸ As juntas eleitorais não exercem função administrativa atípica, pois são constituídas apenas para realizar a apuração dos votos no dia das eleições.

Elaborar o seu regimento interno ¹⁷⁹	Art. 23, inciso I do Código Eleitoral
Organizar a sua Secretaria e a Corregedoria Geral, propondo ao Congresso Nacional a criação ou extinção dos cargos administrativos e a fixação dos respectivos vencimentos, provendo-os na forma da lei	Art. 23, inciso II do Código Eleitoral
Conceder aos seus membros licença e férias, assim como afastamento do exercício dos cargos efetivos	Art. 23, inciso III, do Código Eleitoral
Aprovar o afastamento do exercício dos cargos efetivos dos juízes dos Tribunais Regionais Eleitorais	Art. 23, inciso IV, do Código Eleitoral
Propor a criação de Tribunal Regional na sede de qualquer dos Territórios	Art. 23, inciso V, do Código Eleitoral
Propor ao Poder Legislativo o aumento do número dos juízes de qualquer Tribunal Eleitoral, indicando a forma desse aumento	Art. 23, inciso VI, do Código Eleitoral
Fixar a diária do Corregedor Geral, dos Corregedores Regionais e auxiliares em diligência fora da sede	Art. 23, inciso X, do Código Eleitoral
Enviar ao Presidente da República a lista tríplice organizada pelos Tribunais de Justiça nos termos do art. 25	Art. 23, inciso XI, do Código Eleitoral
Organizar e divulgar a Súmula de sua jurisprudência	Art. 23, inciso XV, do Código Eleitoral
Requisitar funcionários da União e do Distrito Federal quando o exigir o acúmulo ocasional do serviço de sua	Art. 23, inciso XVI, do Código Eleitoral

¹⁷⁹ Na verdade, a elaboração de regimento interno insere-se na competência legislativa. Todos os Tribunais têm essa competência para elaborar os seus regimentos de forma a regulamentar as atribuições de seus membros e o julgamento das ações. O regimento interno deve ser observado pelo próprio Tribunal e pelos advogados.

Secretaria	
Publicar um boletim eleitoral	Art. 23, inciso XVII, do Código Eleitoral

5.3.2.2 Quadro 2 – A função administrativa *atípica* dos Tribunais Regionais Eleitorais

Função Administrativa atípica	Embasamento legal
Elaborar o seu regimento interno	Art. 30, inciso I, do Código Eleitoral
Organizar a sua Secretaria e a Corregedoria Regional, provendo-lhes os cargos na forma da lei, e propor ao Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal Superior a criação ou supressão de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos	Art. 30, inciso II, do Código Eleitoral
Conceder aos seus membros e aos juízes eleitorais licença e férias, assim como afastamento do exercício dos cargos efetivos submetendo, quanto àqueles, a decisão à aprovação do Tribunal Superior Eleitoral	Art. 30, inciso III, do Código Eleitoral
Aprovar a designação do Ofício de Justiça que deva responder pela escritania eleitoral durante o biênio	Art. 30, inciso X, do Código Eleitoral
Autorizar, no Distrito Federal e nas capitais dos Estados, ao seu presidente e, no interior, aos juízes eleitorais, a requisição de funcionários federais, estaduais ou municipais para auxiliarem os escrivães eleitorais, quando o exigir o acúmulo ocasional do serviço	Art. 30, inciso XIII, do Código Eleitoral
Requisitar funcionários da União e, ainda, no Distrito Federal e em cada Estado ou Território, funcionários dos respectivos	Art. 30, inciso XIV, do Código Eleitoral

quadros administrativos, no caso de acúmulo ocasional de serviço de suas Secretarias	
Aplicar as penas disciplinares de advertência e de suspensão até 30 (trinta) dias aos juízes eleitorais	Art. 30, inciso XV, do Código Eleitoral

5.3.2.3 Quadro 3- A função administrativa *atípica* dos Juízes Eleitorais

Função administrativa atípica	Embasamento legal
Indicar, no prazo máximo de dez dias, o servidor do Quadro de Pessoal da Secretaria do Tribunal ou, na inexistência, o Auxiliar que exercerá as funções de Chefe de Cartório na nova zona eleitoral e, ainda, tomar providências para que, no prazo máximo de trinta dias, contados a partir de sua designação pelo Tribunal Regional Eleitoral, o cartório esteja em condições de pleno funcionamento	Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízes e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XXV
Indicar ao Tribunal Regional Eleitoral servidores de outras repartições a serem requisitados ou cedidos para auxiliar nos serviços do cartório, nos termos da legislação em vigor, bem como comunicar a este Tribunal as datas do início e do término de exercício do Auxiliar naquele cartório	Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízes e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XXVI
Determinar a anotação de horas de compensação, em livro ou em sistema específico, bem como conceder o direito ao gozo dessas horas aos servidores e auxiliares de cartório	Resolução nº 803, de 03 de dezembro de 2009 - Regulamento dos Juízes e Cartórios Eleitorais da Circunscrição de Minas Gerais - Art. 47, inciso XXVII

Os atos previstos nos quadros 1, 3, 5 e 6 são todos atos administrativos *típicos* praticados pela Justiça Eleitoral, ou seja, atos que pela teoria da separação dos poderes

deveriam ser exercidos exclusivamente pelo Executivo. Todavia, por expressa previsão constitucional, passaram para a competência da Justiça Eleitoral.

Corroborando a assertiva, José Jairo Gomes afirma que a Justiça Eleitoral exerce função administrativa nos seguintes casos:

[...] na expedição de título eleitoral, na inscrição de eleitores, na transferência de domicílio eleitoral, na fixação de locais de funcionamento de zonas eleitorais, na designação de locais de votação, na nomeação de pessoas para compor a Junta Eleitoral e a Mesa Receptora, na adoção de medidas para fazer impedir ou cessar imediatamente propaganda eleitoral realizada irregularmente (CE, art. 242, parágrafo único), na autorização de transmissão de propaganda partidária em cadeia ou em inserções regionais (LOPP, art. 46).¹⁸⁰

Portanto, pode-se concluir que, considerando as conclusões de Celso Antônio de Bandeira Mello, a função administrativa exercida pela Justiça Eleitoral é típica.

Por fim, deve-se ressaltar que os atos administrativos,¹⁸¹ envolvendo registro, arquivo de dados referentes a eleitores; arquivamento de listas de filiados, certificação das condições de elegibilidade, distribuição de circunscrição do pleito em zonas e seções, coleta de voto, declaração de eleitos, expedição de diploma para os eleitos, e acrescentamos designação de componentes das mesas receptoras, designação de mesários, são todos procedimentos administrativos dentro do processo eleitoral. Alguns são realizados pelos servidores da Justiça Eleitoral e outros praticados pelo Juiz Eleitoral, tal como o ato de diplomação do candidato eleito.

Cumprir a distinção entre processo e procedimento. Segundo Aroldo Plínio Gonçalves, apoiado na doutrina de Elio Fazzalari, processo e procedimento não têm diferença se ambos se desenvolverem em contraditório. Entretanto, se não houver essa especificidade, o procedimento tem natureza de generalidade. Vejamos:

Pelo critério lógico, as características do procedimento do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que "distinção", há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer

¹⁸⁰ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2012, p. 66.

¹⁸¹ LOBO, Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 26. A autora aduz que esses são exemplos de caos que envolvem processos administrativos.

procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.

Fica evidente que essa concepção trabalha com um novo conceito de procedimento e dele extrai um novo conceito de processo. [...].¹⁸²

Portanto, os atos desenvolvidos no processo eleitoral *lato sensu* são procedimentos para se atingir um fim, ou seja, a consulta popular no dia das eleições. Quanto ao procedimento administrativo que se desenvolve em contraditório, chamá-lo-emos de processo administrativo, como o é denominado na doutrina brasileira, e dele trataremos em capítulo posterior.

Ressalte-se que não nos ateremos aos atos administrativos praticados pela Justiça Eleitoral para organizar e realizar eleições, pois o escopo desse trabalho é tratar da legitimidade dos interessados difusos, que se insere na teoria do processo.

5.4 Função judicial eleitoral

Como discurramos, Rodolfo Viana Pereira afirma que o controle pós-eleitoral ocorre somente após a proclamação dos eleitos. Esse controle é verdadeiramente jurisdicional, sendo que os outros dois seriam de natureza administrativa¹⁸³.

Entretanto, no caso da ação de investigação judicial eleitoral, há um controle antes da proclamação e da diplomação dos eleitos, porém nem sempre o Juiz Eleitoral consegue processar e julgar essa ação antes da diplomação. Em regra, elas são ajuizadas antes da proclamação dos eleitos e por disposição legal devem ser ajuizadas até a diplomação.

De fato, há um contencioso jurisdicional eleitoral nos moldes chamados pelo autor citado. Todavia, é de se chamar esse contencioso de simplesmente processo jurisdicional eleitoral que engloba todos os procedimentos judiciais da Justiça Eleitoral.

No caso das representações por conduta vedada, o prazo para ajuizamento é até a diplomação por disposição do art. 73, §12, da Lei n. 9.504/97. Portanto, essas ações são de contenciosos pré-eleitorais.

Por sua vez, a ação de impugnação de mandato eletivo – art. 14, §10 da CR/88, a representação por arrecadação e gasto ilícitos – art. 30-A, da Lei n. 9.504/97 – com prazo de

¹⁸² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 68.

¹⁸³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 27.

15 dias após a diplomação para ajuizamento, e, também, o recurso contra expedição de diploma, com prazo de três dias após a diplomação para ajuizamento, são contenciosos pós-eleitorais.

A atividade *jurisdicional* de competência da Justiça Eleitoral está bem delineada dentro do processo jurisdicional eleitoral, cuja previsão se encontra na Constituição Federal, no Código Eleitoral e na legislação eleitoral extravagante. Vejamos o quadro abaixo:

5.4.1 Função judicial eleitoral exercida pela Justiça Eleitoral

5.4.1.1 Quadro 1 - A função judicial eleitoral exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral

Processamento e julgamento	Embasamento legal
Registro e a cassação de registro de partidos políticos, dos seus diretórios nacionais e de candidatos à Presidência e vice-presidência da República	Art. 22, inciso I, a, do Código Eleitoral e Lei Complementar n. 64/90
Conflitos de jurisdição entre Tribunais Regionais e juízes eleitorais de Estados diferentes	Art. 22, inciso I, b, do Código Eleitoral
Suspeição ou impedimento aos seus membros, ao Procurador-Geral e aos funcionários da sua Secretaria	Art. 22, inciso I, c, do Código Eleitoral
Crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos cometidos pelos seus próprios juízes e pelos juízes dos Tribunais Regionais	Art. 22, inciso I, d, do Código Eleitoral
Pedidos de desaforamento dos feitos não decididos nos Tribunais Regionais dentro de trinta dias da conclusão ao relator, formulados por partido, candidato, Ministério Público ou parte legitimamente interessada. (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 1966)	Art. 22, inciso I, h, do Código Eleitoral
Reclamações contra os seus próprios juízes que, no prazo de trinta dias a contar da conclusão, não houverem julgado os feitos a eles distribuídos. (Incluído pela Lei nº	Art. 22, inciso I, i, do Código Eleitoral

4.961, de 1966)	
Ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro de cento e vinte dias de decisão irrecorrível, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado. (Incluído pela LCP nº 86, de 1996)	Art. 22, inciso I, j, do Código Eleitoral
Julgar os recursos interpostos das decisões dos Tribunais Regionais nos termos do art. 276 do Código Eleitoral	Art. 22, inciso II do Código Eleitoral
Condutas vedadas	Art. 7 e 74 da Lei n. 9.504/97 c/c art. 86 do Código Eleitoral - em se tratando de envolvimento do candidato a Presidente da República e Vice-Presidente
Uso indevido, 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,	Art. 22 da Lei Complementar n. 64/90 c/c art. 86 do Código Eleitoral - em se tratando de envolvimento do candidato a Presidente da República e Vice-Presidente
Recurso contra expedição de diploma, em razão de inelegibilidade constitucional ou infraconstitucional	Art. 262 do Código Eleitoral - Esse recurso é interposto contra a diplomação expedida pelo Tribunal Regional Eleitoral no próprio Tribunal e remetido pelo TSE para julgamento
Arguição de inelegibilidade	Art. 2º, inciso I da Lei Complementar n. 64/90 - quando se tratar de candidato a Presidente ou Vice-Presidente da República
Abuso de poder econômico, fraude e corrupção eleitoral	Art. 14, §10 da Constituição Federal - em se tratando de candidato ao cargo de Presidente e Vice-Presidente
Propaganda eleitoral	Art. 37 da Lei n. 9.504/97 - em se tratando de candidato ao cargo de Presidente e Vice-Presidente
Direito de Resposta	Art. 58 da Lei n. 9.504/97

Pesquisa eleitoral	Art. 33 da Lei n. 9.504/97
As reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos	Art. 22, inciso I, f, do Código Eleitoral
As impugnações à apuração do resultado geral, proclamação dos eleitos e expedição de diploma na eleição de Presidente e Vice-Presidente da República	Art. 22, inciso I, g, do Código Eleitoral
As reclamações contra os seus próprios juízes que, no prazo de trinta dias a contar da conclusão, não houverem julgado os feitos a eles distribuídos. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 4.5.1966)	Art. 22, inciso I, i, do Código Eleitoral
Prestação de Contas ¹⁸⁴	Art. 30 da Lei n. 9.504/97 c/c art. 86 do Código Eleitoral - quando se tratar de candidato ao cargo de Presidente e Vice-Presidente
Recursos eleitorais das decisões administrativas proferidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais	Art. 22, inciso II, do Código Eleitoral
Responder, sobre matéria eleitoral, às <i>consultas</i> que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político	Art. 23, inciso XII do Código Eleitoral

5.4.1.2 Quadro 2 - A função judicial eleitoral exercida pelos Tribunais Regionais Eleitorais

Processamento e julgamento	Embasamento legal
Registro e o cancelamento do registro dos diretórios estaduais e municipais de partidos políticos, bem como de	Art. 29, inciso I, a, Código Eleitoral

¹⁸⁴ Não se desconhece que o art. 37, §6º da Lei n. 9.096/95 dispõe que "o exame da prestação de contas dos órgãos partidários tem caráter jurisdicional". Todavia, a lei não pode alterar a natureza administrativa da prestação de contas.

candidatos a Governador, Vice-Governadores, e membro do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e Câmara Distrital	
Conflitos de jurisdição entre juízes eleitorais do respectivo Estado	Art. 29, inciso I, b, Código Eleitoral
Suspeição ou impedimentos aos seus membros ao Procurador Regional e aos funcionários da sua Secretaria, assim como aos juízes e escrivães eleitorais	Art. 29, inciso I, c, Código Eleitoral
Habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade e, em grau de recurso, os denegados ou concedidos pelos juízes eleitorais; ou, ainda, o habeas corpus quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração	Art. 29, inciso I, e, Código Eleitoral
Pedidos de desaforamento dos feitos não decididos pelos juízes eleitorais em trinta dias da sua conclusão para julgamento, formulados por partido candidato Ministério Público ou parte legitimamente interessada sem prejuízo das sanções decorrentes do excesso de prazo. (Redação dada pela Lei nº 4.961, de 1966)	Art. 29, inciso I, g, Código Eleitoral
Crimes eleitorais cometidos pelos juízes eleitorais	Art. 29, inciso I, d, Código Eleitoral
Julgar os recursos interpostos: a) dos atos e das decisões proferidas pelos juízes e juntas eleitorais; b) das decisões dos juízes eleitorais que concederem ou denegarem habeas corpus ou mandado de segurança	Art. 29, inciso I, Código Eleitoral
Julgar originariamente crimes cometidos	Art. 29, inciso I, do Código Eleitoral -

por Prefeitos Municipais	Autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime - no caso, Prefeitos
Reclamações contra Juízes Eleitorais	Art. 97 da Lei n. 9.504/97
Condutas vedadas	Art. 7 e 74 da Lei n. 9.504/97 c/c art. 86 do Código Eleitoral - em se tratando de envolvimento do candidato ao cargo de Governador, Deputado e Senador
Uso indevido, 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	Art. 22 da Lei Complementar n. 64/90 c/c art. 86 do Código Eleitoral - em se tratando de envolvimento do candidato ao cargo de Governador, Deputado e Senador
Recurso contra expedição de diploma em razão de inelegibilidade constitucional e infraconstitucional	Art. 262 do Código Eleitoral - Esse recurso é interposto contra a diplomação expedida pelo Juiz Eleitoral no próprio Juízo e remetido ao TRE para julgamento
Arguição de inelegibilidade no período do registro de candidatura	Art. 2º, inciso II, da Lei Complementar n. 64/90 - quando se tratar de candidato a Senador, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital
Abuso de poder econômico, fraude e corrupção eleitoral	Art. 14, §10 da Constituição Federal - em se tratando de candidato ao cargo de Governador, Deputado e Senador
Propaganda eleitoral	Art. 37 da Lei n. 9.504/97 - em se tratando de envolvimento do candidato ao cargo de Governador, Deputado e Senador
Direito de Resposta	Art. 58 da Lei n. 9.504/97 - em se tratando de envolvimento do candidato ao cargo de Governador, Deputado e Senador
Pesquisa eleitoral	Art. 33 da Lei n. 9.504/97 - em se tratando de envolvimento do candidato ao cargo de Governador, Deputado e Senador
Impugnações e Reclamações em decorrência das eleições gerais	Art. 30 do Código Eleitoral c/c art. 86 do mesmo diploma - quando se tratar de candidatos ao cargo de Governador,

	Deputado e Senador
Prestações de contas	Art. 30 da Lei n. 9.504/97 - quando se tratar de candidatos ao cargo de Governador, Deputado e Senador
Em grau de recursos, toda matéria administrativa julgada pelos Juízes Eleitorais	Art. 29, II, a, do Código Eleitoral
Responder, sobre matéria eleitoral, às <i>consultas</i> que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político	Art. 30, inciso VIII, do Código Eleitoral

5.4.1.3 Quadro 3 - A função judicial eleitoral exercida pelos Juízes Eleitorais

Processamento e julgamento	Embasamento legal
Cumprir e fazer cumprir as decisões e determinações do Tribunal Superior e do Regional	Art. 35, inciso I, do Código Eleitoral
Crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais	Art. 35, inciso II, do Código Eleitoral; arts. 33, VII, §4º; 34, §2º; 39, §5º, incisos I, II, III; 40; 57-h, §§1º, 2º; 68, §2º; 72, incisos I, II, III; 87, §4º; 91, parágrafo único, da Lei n. 9.504/97 - quando se tratar de qualquer pessoa sem prerrogativa de foro
Crime eleitoral - arguição de inelegibilidade e impugnação de registro de forma temerária ou manifesta má-fé	Art. 25 da Lei Complementar n. 64/90 - sujeito ativo - Legitimados ativos, com exceção de quem tem prerrogativa de foro que responde perante do TRE ou STF
Habeas corpus e mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que essa competência não esteja atribuída privativamente a instância superior	Art. 35, inciso III, do Código Eleitoral

Fazer as diligências que julgar necessárias à ordem e à prestação do serviço eleitoral	Art. 35, inciso IV, do Código Eleitoral
Registro e cassação do registro dos candidatos aos cargos eletivos municipais e comunicá-los ao Tribunal Regional	Art. 35, inciso XII, do Código Eleitoral - quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador
Arguição de inelegibilidade no período do registro de candidatura	Art. 2º, inciso III, da Lei Complementar n. 64/90 - quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador
Condutas vedadas	Art. 7 e 74 da Lei n. 9.504/97 c/c art. 86 do Código Eleitoral - quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador
Uso indevido, 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	Art. 22 da Lei Complementar n. 64/90 c/c art. 86 do Código Eleitoral - quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador
Abuso de poder econômico, fraude e corrupção eleitoral	Art. 14, §10 da Constituição Federal - quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador
Propaganda eleitoral	Art. 37 da Lei n. 9.504/97 - quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador
Direito de Resposta	Art. 58 da Lei n. 9.504/97 - quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador
Pesquisa eleitoral	Art. 33 da Lei n. 9.504/97 - quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador
Deferimento/indeferimento de alistamento e transferência eleitorais	Arts. 42 a 61, Código Eleitoral com alterações da Lei n. 6.996/1982
Exclusão de eleitor	Art. 71 a 77 do Código Eleitoral

Revisão do eleitorado ¹⁸⁵	Art. 71, §4º do Código Eleitoral e art. 92 da Lei n. 9.504/97
Prestação de Contas das eleições municipais	Art. 30 da Lei n. 9.504/97 - quando se tratar de candidatos ao cargo de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador
Impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração	Art. 40, II do Código Eleitoral - nas eleições municipais

Deve-se ressaltar que a Lei n. 9504/97¹⁸⁶ dispõe sobre matéria que envolve função judicial e administrativa. Ademais, o juiz tem competência em material penal, ou seja, insere-se, pois, a jurisdição penal.

Incluem-se na jurisdição eleitoral as ações previstas contra condutas contrárias aos tipos dos arts. 73 e 74, da citada lei, que tratam da conduta vedada aos agentes políticos e, também, a Lei Complementar n. 64/90¹⁸⁷, em seu art. 22, que trata da apuração de uso indevido, 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. Há, inclusive, previsão de ação de investigação judicial eleitoral e deferimento e indeferimento de registro de candidaturas (art. 3º da Lei Complementar n. 64/90).

Por último, e não menos importante, há a ação de impugnação de mandato eletivo, prevista no art. 14, §10º da CR/88¹⁸⁸. Sem dúvida, esta é a mais importante ação, por ter status constitucional, uma verdadeira ação popular.

¹⁸⁵ A revisão do eleitorado é realizada pelo Juiz Eleitoral. No entanto, deve ser autorizada pelo Tribunal Regional Eleitoral nos termos do art. 71, §4º do Código Eleitoral. A exclusão sujeita-se a recurso a ser interposto pelo interessado.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei n. 9.504/1997, acrescentada pela Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, que estabelece normas para eleições. Manual de Legislação Eleitoral. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei Complementar n. 64/1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 15 de janeiro de 2014.

¹⁸⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014.

É de notar que o Código Eleitoral dispõe de regras mínimas de direito processual civil e penal. Portanto, esses diplomas são utilizados subsidiariamente ao procedimento eleitoral. Isso não quer dizer que o fato de se utilizar desses diplomas a ilicitude deixará de ser eleitoral. É certo que o crime eleitoral possui natureza comum, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Apenas a título de exemplo, ao mandado de segurança aplica-se a Lei n. 12.016/2009; ao Habeas Corpus, as disposições concernentes a ele previstos no Código de Processo Penal.

Frise-se que, na análise do pedido de registro de candidaturas, o Juiz Eleitoral verificará as condições de elegibilidade e inelegibilidade. Naturalmente, também, no recurso contra expedição de diploma, pode-se apreciar tal questão, quer seja anterior ou posterior ao registro. Entretanto, a primeira aferição é na fase do registro de candidatura.

É de observar que a Justiça Eleitoral não julga crimes, em tese, cometidos por Deputados Federais e Senadores, após sua diplomação. Sua competência é do STF, nos termos do art. 53 da CR/88, que dispõe:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

Igualmente, o Presidente da República e Vice-Presidente são processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em se tratando de crimes comuns, conforme se depreende da leitura do artigo transcrita abaixo:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

Aqui, merece ser feita uma crítica. Há muito tempo o Código Eleitoral precisa de uma reforma profunda, pois a retalhação da legislação eleitoral somente serve para tornar a atuação dos operadores do Direito muito difícil, sendo certo que muitos deles se encontram em um labirinto.

5.5 Ações coletivas eleitorais em espécie previstas na Constituição Federal e na Legislação infraconstitucional para defesa dos direitos coletivos

No Direito Eleitoral, após a Constituição da República, passaram a existir procedimentos processuais próprios que podem ser manejados pelos legitimados com o fim de impedir o candidato de exercer um mandato eleitoral conquistado de forma ilícita.

Assim, dentro do sistema de contencioso eleitoral¹⁸⁹, os ilícitos eleitorais praticados antes, durante ou depois do registro de candidatura, podem ser apurados por intermédio das seguintes ações, segundo Santana¹⁹⁰: 1) Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - AIME (CR, Art. 14, §§ 10 e 11); 2) A ação de impugnação de registro de candidatura – AIRC – art. 2º a 16 da Lei Complementar n. 64/90; 3) Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE (art. 22, LC 64/90); 4) Representações eleitorais previstas nos artigos 96 e 73 da Lei n. 9.504/97; 5) Representação prevista na Lei n. 9.504/97 pelos fatos constantes dos artigos 41-A e 73, da Lei n. 9.504/97, introduzida por Lei de iniciativa popular, a Lei n. 9.840, de 1999; 6) Recurso contra a expedição de Diploma (art. 262 do Código Eleitoral).

As ações supracitadas são deveras importantes, pois permite à Justiça Eleitoral decidir com celeridade os processos de cassação de registro, diploma e/ou mandato. Veremos, todavia, que a celeridade pode afrontar outros princípios igualmente relevantes previstos na Constituição.

Deve-se frisar aqui o retrocesso do legislador ao aprovar a redação do art. 105-A da Lei n. 9.504/97¹⁹¹, que dispôs que "em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985". Mais uma vez o legislador quis alterar a

¹⁸⁹PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 23-24.

¹⁹⁰SANTANA, Jair Eduardo. *Direito Eleitoral: para compreender a dinâmica do poder político*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 203-220.

¹⁹¹BRASIL. *Lei n. 9.504/1997, acrescentada pela Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, que estabelece normas para eleições*. *Manual de Legislação Eleitoral*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014.

natureza das coisas. Todavia, como já dito, não há como alterar a natureza coletiva dos direitos políticos protegidos por lei pelo Direito Eleitoral.

5.5.1 Ação de impugnação de registro de candidatura – AIRC

A Lei Complementar 64/90, em seu art. 2º a 16, prevê a impugnação de registro de candidatura como meio de impedir que candidatos ímprobos obtenham registro de suas candidaturas.

Muito se discute na doutrina acerca da natureza da impugnação de registro de candidatura, ou seja, se é ação ou uma impugnação/contestação. Todavia, essa questão é de somenos importância, na medida em que a impugnação de registro de candidatura visa impedir o candidato inelegível a se candidatar a um cargo político.

A impugnação de registro de candidatura é bastante eficaz na fase de registro, porquanto todas as inelegibilidades poderão ser arguidas nessa fase processual, sendo que os prazos para a dilação probatória e julgamento são curtos de modo a dar mais celeridade ao processo de registro, como afirma Amaral¹⁹².

De fato, as decisões são muito efetivas, pois que, em regra, a Justiça Eleitoral tem pouco mais de um mês para decidir todas as impugnações ajuizadas.

A efetividade reside exatamente na celeridade dos julgamentos que devem ocorrer nos prazos fixados na Lei complementar n. 64/90. Existe ainda marco final para decidir todos os processos de registros, tanto para os Tribunais Regionais, quanto para os Juízes Eleitorais de 1º grau. Tais prazos são fixados por Resolução expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral em todas as eleições.

5.5.2 Ação de Investigação Judicial Eleitoral - AIJE

A ação de investigação judicial – AIJE – está prevista no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90, que é uma inovação da lei.¹⁹³ Antes da edição da referida lei, havia previsão de investigação judicial, no art. 237, §§2º e 3º, do Código Eleitoral, a fim de produzir provas

¹⁹² AMARAL, Roberto e Sérgio Sérulo da Cunha. *Manual das eleições*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 126.

¹⁹³ BRASIL. *Lei Complementar nº 64/1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19, abril de 2007. In: Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: (...).

judiciais para serem utilizadas no Recurso Contra a Diplomação, de acordo com Joel J. Candido¹⁹⁴.

Antes da LC n. 135/2010, a referida ação, com o escopo de obter a sanção relativa à cassação de registro, deveria ser julgada até a diplomação dos candidatos eleitos, pois, caso o Juiz Eleitoral de 1º grau a julgue após aquele marco, não se poderá cassar o registro, subsistindo, pois, apenas a sanção de inelegibilidade.

Nesse caso, as provas produzidas na ação de investigação judicial eleitoral – AIJE, podem ser usadas para a propositura da ação de impugnação de mandato eletivo – AIME – (art. 14, §§10 e 11 da CR/88), nos termos do inciso XV do art. 22 da lei complementar nº 64/90, *in verbis*:

Art. 22 [...]

XV - se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11 da Constituição Federal, e art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral.

Nesse passo, entendíamos que a cominação da inelegibilidade naquela ação não produziria efeito concreto algum, ou seja, não retiraria o mandato do agente público, pois dificilmente o Juiz Eleitoral conseguia processar e julgar uma ação de investigação judicial eleitoral antes das eleições. É certo que somente se a decisão judicial fosse proferida antes das eleições, poder-se-ia cassar o registro de um candidato. Registre-se que, em se tratando de AIJE proposta por fatos previstos no art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990, não havia o efeito pretendido, ou seja, a cassação do registro, antes da edição da LC n. 135/2010.

Por outro lado, nunca houve discussão acerca dos efeitos da sentença, quando fosse proposta a referida ação pelos fatos previstos no art. 41-A da Lei n. 9.504/97, como asseverou Romayana¹⁹⁵, pois a sanção de cassação do registro ou diploma e multa tem previsão no próprio art. 41-A da citada lei. Apenas o rito da LC n. 64/90 era utilizado para investigar a corrupção eleitoral.

É certo que, pelos fatos previstos no art. 41-A da Lei Geral das Eleições, pode ser proposta tanto a AIJE quanto a AIME, devendo esta ser ajuizada dentro do prazo de 15 dias após a diplomação do candidato eleito e a primeira até antes da diplomação dos eleitos.

¹⁹⁴ CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11ª edição. São Paulo: Edipro, 2005, p. 138.

¹⁹⁵ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 250-251.

Urge deixar registrado que, quando a AIME for proposta com base nos fatos constantes do art. 41-A da lei n. 9.504/97, o colendo Tribunal Superior Eleitoral tem entendido que a conduta disposta nela deve ter potencialidade para desequilibrar o pleito.

Prosseguindo na análise da AIJE, antes da edição da LC 135/2010, ressalte-se que era inócua a decisão nessa ação pelos fatos constantes no art. 22 da LC 64/90, quando julgada a ação após a diplomação, o que era frequente.

Todavia, em decorrência dessa inocuidade da referida ação, houve alteração, pela Lei Complementar n. 135/2010, do art. 22 da lei complementar 64/90, que passou a prever a cassação não só do registro, mas também do diploma, o que pode ocorrer, após a diplomação¹⁹⁶.

Assim, após a alteração promovida pela lei complementar n. 135/2010, a decisão judicial proferida em 1º grau poderá ocorrer a qualquer tempo, antes ou depois da proclamação dos eleitos, podendo nesse caso cassar registro, diploma e/ou declarar a inelegibilidade do representado/requerido. A questão foi resolvida, afinal.

5.5.3 Representações – Lei n. 9.504/1997

A Lei n. 9.504/97 prevê a figura da representação por vários fatos ilícitos, tais como propaganda irregular (após o dia 5 de julho), propaganda extemporânea (antes do dia 5 de julho) e captação ilícita de sufrágio e condutas vedadas.

¹⁹⁶ BRASIL. *Lei Complementar n. 64/1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências.* <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 de janeiro de 2014. Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: [...]

~~XIV – julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;~~

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

É certo que as condutas previstas nos arts. 41-A e 73 da lei mencionada são as que ensejam a cassação de registro ou diploma e, portanto, as mais importantes do ponto de vista jurídico.

Cândido¹⁹⁷ assevera que o art. 41-A e as sanções previstas nos §§4º e 5º do art. 73 foram introduzidos pela Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1.999 e, mais recentemente, pela Lei n. 12.034/2009, que trouxe várias novidades, tais como o prazo de três dias para interposição de recurso nos casos do art. 30-A, 41-A e 73¹⁹⁸.

A conduta descrita no art. 41-A é apurada no rito da lei complementar n. 64/90, uma vez que esse rito é mais amplo do que o da lei n. 9.504/97. O art. 41-A da lei supracitada é um verdadeiro bálsamo jurídico, pois proíbe a captação ilícita de sufrágio ao contrário do que alguns autores afirmam, a exemplo do autor Joel J. Cândido¹⁹⁹. Confira-se o art. 41-A:

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta 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 cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999)

As decisões nas representações por captação ilícita de sufrágio, segundo o TSE, devem ser executadas imediatamente. Por isso, verifica-se que há uma efetividade na prestação jurisdicional, muito embora os Tribunais Regionais tenham imprimido efeito suspensivo aos recursos eleitorais em razão de ajuizamento de ações cautelares, agravos de instrumento.

O mesmo se pode dizer das condutas elencadas no art. 73 e seus incisos²⁰⁰ da mesma lei, pois a maioria delas enseja a cassação de registro ou diploma, bem ainda em alguns casos a sanção de multa.

¹⁹⁷ CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Edipro, 2005, p. 457-533.

¹⁹⁸ BRASIL. *Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009*, altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm. Acesso em 2 de outubro de 2009.

¹⁹⁹ CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Edipro, 2005, p. 457.

²⁰⁰ BRASIL. *Lei n. 9.504/1997*, acrescentada pela Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, que estabelece normas para eleições. Manual de Legislação Eleitoral – Eleições 2006. Belo Horizonte: Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, 2006. In: “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores 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.

§ 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

§ 2º A vedação do inciso I do *caput* não se aplica ao uso, em campanha, de transporte oficial pelo Presidente da República, obedecido o disposto no art. 76, nem ao uso, em campanha, pelos candidatos a reeleição de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, de suas residências oficiais para realização de contatos, encontros e reuniões pertinentes à própria campanha, desde que não tenham caráter de ato público.

§ 3º As vedações do inciso VI do *caput*, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição.

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.840, de 28.9.1999)

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

§ 7º As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

§ 8º Aplicam-se as sanções do § 4º aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.

§ 9º Na distribuição dos recursos do Fundo Partidário (Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995) oriundos da aplicação do disposto no § 4º, deverão ser excluídos os partidos beneficiados pelos atos que originaram as multas.

5.5.4 Representação por captação ou gasto ilícito de recurso para fins eleitorais – Art. 30-A lei n. 9.504/97

A ação por captação ou gasto ilícito de recurso para fins eleitorais foi introduzida no ordenamento jurídico pela lei n. 11.300/2006, que acrescentou o art. 30-A na lei n. 9.504/97, *in verbis*:

Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral relatando fatos e indicando provas e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

A jurisprudência ainda é parca acerca dos julgamentos realizados pela prática de condutas descritas no art. 30-A. Já se definiu que os fatos ali elencados devem caracterizar abuso de poder econômico de modo a desequilibrar o pleito eleitoral.

O bem jurídico tutelado pela ação em comento é a lisura da campanha eleitoral. Portanto, nota-se que a prestação de contas do candidato está intimamente ligada a essa ação, pois ao se constatar, na prestação de contas, que houve arrecadação ilícita de recursos, a ação referida deve ser manejada com o fim de se apurar os fatos ensejadores dessa arrecadação ilícita.

Entendemos que o fato de o candidato ter suas contas desaprovadas não é suficiente para desencadear uma ação de captação ou gasto ilícito de recursos. Os legitimados devem fazer uma análise acurada da arrecadação e gastos de recursos do candidato para que não sejam ajuizadas ações inocuamente.

5.5.5 Recurso contra a expedição de Diploma - RCED

Deve-se mencionar que os Códigos Eleitorais não previram nenhuma ação judicial, nem mesmo o Código Eleitoral de 1965, com finalidade exclusiva para cassar registro, diploma ou mandato. Na verdade, havia uma única previsão que é o recurso contra expedição de diploma, contemplados em todos os Códigos, mas que possuía natureza administrativa, pois visava a atacar o diploma viciado em razão de alguma irregularidade ocorrida nas

§ 10. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa. (Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006)

eleições. Todavia, somente após o trânsito em julgado é que a decisão judicial poderia ser executada, ou seja, na prática, nenhuma eficácia tinha ou tem esse chamado recurso contra a expedição de diploma.

Por óbvio, o recurso contra expedição de diploma servia para atacar nulidades nas eleições. O Código Eleitoral de 1965,²⁰¹ em seu art. 262, enumerou os casos em que cabe o recurso contra a expedição do diploma, inclusive atualmente ao prever a cassação de registro/diploma em razão de cometimento de captação ilícita de sufrágio e abuso de poder econômico. É certo que os Códigos de 1932 ; de 1935 ; de 1945 e de 1950 não tinham uma regra bem clara.²⁰²

Ao longo dos anos, como se vê, houve alargamento dos casos que poderiam ensejar o dito recurso. Atente-se que as decisões proferidas no RCED não podiam ser executadas de imediato por força do art. 216 do Código Eleitoral, transcrito abaixo:

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.

Por essa razão, o recurso contra expedição de diploma não tinha muita utilidade prática, pois dependia sempre de uma decisão transitada em julgado no Superior Tribunal Regional Eleitoral.

Também, já está sedimentado na doutrina que o recurso contra expedição de diploma tem natureza de ação, pois deve ser norteado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, ao receber o recurso, o juiz deverá abrir vista ao requerido para refutar as provas produzidas contra ele.

Essa natureza de ação deriva do fato de que, com as alterações que esse recurso contra a expedição de diploma sofreu, ele é manejado contra diploma viciado pela corrupção, compra de voto, abuso de poder, condutas previstas no art. 41-A da Lei n. 9.504/97 e 222 do Código Eleitoral, respectivamente, a teor do inciso IV do art. 262 do CE. Naturalmente, para se concluir que o diploma está viciado ou não por esses fatos, é necessário que se faça a instrução probatória respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

²⁰¹ BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, institui o Código Eleitoral. WWW.planalto.gov.br. Acesso em 23 de março de 2014.

²⁰² BRASIL. Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950, institui o Código Eleitoral. WWW.planalto.gov.br. Acesso em 23 de março de 2014.

Deve-se, contudo, ressaltar que, havendo prova emprestada (por exemplo: produzida em ação de investigação judicial eleitoral), não havia óbice para que se trasladassem tais provas para o processo em que se discutia a validade do diploma.

É certo que hodiernamente não se pode mais falar em “Recurso Contra Expedição de Diploma”, pois esse recurso se transmudou em verdadeira “Ação de Impugnação de Diploma - AID”, cuja competência originária é dos Tribunais Regionais Eleitorais.

Deve-se consignar que não se utiliza mais o recurso contra a expedição do diploma para provar que o diploma outorgado ao candidato foi adquirido em razão de fraude, corrupção ou abuso de poder econômico, em decorrência das recentes alterações do art. 262, do CE.

Primeiro, o TSE recentemente decidiu no julgamento de um RCED que o inciso IV do art. 262 do CE não foi recepcionado pela Constituição Federal. O pretório pecou pela falta de técnica, pois o inciso IV foi incorporado ao Código Eleitoral após a Constituição Federal, ou seja, essa redação foi dada pela Lei n. 9.840, de 28.9.1999. Portanto, não se pode falar acerca de “não recepção”, mas sim sobre inconstitucionalidade do inciso.

De todo modo, essa discussão caiu no vazio, com a edição da Lei n. 12.891/2013, que revogou os incisos I, II, III e IV do art. 262 do CE. Portanto, o RCED volta a sua configuração original (Código Eleitoral, de 1950²⁰³), ou seja, o atual artigo voltou a prever o recurso contra expedição de diploma somente "nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)"²⁰⁴.

Deve-se também asseverar que não há mais necessidade do trânsito em julgado do RCED para que seja dada efetividade à decisão judicial, pois com a nova redação do art. 15 da Lei Complementar n. 64/90, há a previsão do julgamento colegiado ou o trânsito em julgado. Vejamos o referido artigo:

²⁰³BRASIL. *Lei n. 1.164, de 24 de julho de 1950, institui o Código Eleitoral*. [Http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm](http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm). Acesso em 20 de janeiro de 2014. "Art. 170. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos: a) inelegibilidade de candidato; b) errônea interpretação da lei quanto à aplicação do sistema de representação proporcional; c) erro de direito ou de fato na apuração final, quanto à determinação do quociente eleitoral ou partidário, contagem de votos e classificação de candidato, ou a sua contemplação sob determinada legenda; d) pendência de recurso anterior, cuja decisão possa influir na determinação de quociente eleitoral ou partidário, inelegibilidade ou classificação de candidato".

²⁰⁴BRASIL. *Código Eleitoral. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 21.04.2014. "Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013). I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013); II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013); III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013); IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 12.891, de 2013)".

Art. 15. Transitada em julgado *ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado* que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.
(Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Ressalte-se que o RCED é julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral, em se tratando de eleições municipais, e pelo Tribunal Superior Eleitoral, quando se tratar de eleições gerais.

De toda forma, o art. 216 do Código Eleitoral foi revogado pelo art. 15 da Lei Complementar n. 64/90 ao preceituar que basta o julgamento colegiado para que a decisão surta todos os efeitos.

Portanto, a jurisprudência da Justiça Eleitoral deve ser alterada para contemplar a imediata execução da decisão colegiada que declarar a inelegibilidade do candidato no recurso contra expedição de diploma - RCED.

5.5.6 Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME

A ação coletiva de impugnação de mandato eletivo – AIME, está prevista no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição da República, tendo como escopo coibir o abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. Confira-se o mencionado artigo:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 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-fé²⁰⁵.

Para preservar a imagem do candidato que está sendo processado por abuso de poder econômico, corrupção ou fraude, há previsão expressa na Constituição que a referida ação deva correr em segredo de justiça.

²⁰⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 3ª ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19/20.

Trata-se de uma verdadeira ação popular, entretanto, sem dar legitimidade ao cidadão para propô-la diretamente, exceto pelos legitimados (Ministério Público, candidato, Partido Político e/ou Coligação) definidos pela Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral²⁰⁶.

A comprovação dos fatos que ensejam a propositura da ação de impugnação de mandato eletivo deverá ser feita de pronto, ou seja, a prova é pré-constituída. Nesse caso, podem ser aproveitadas provas produzidas em outras ações, como, por exemplo, a ação de investigação judicial eleitoral, prevista no art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990.

Por outro, caso não se faça a prova no momento do ajuizamento, a ação de impugnação de mandato eletivo – AIME, poderá ser proposta perante a Justiça Eleitoral, sem a referida prova pré-constituída (provas produzidas na AIJE). O Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 21.634/2004, na qual estabelece que o rito a ser seguido na AIME é aquele previsto na Lei Complementar 64/1990, nas palavras de JAIRO GOMES (2008, p. 473).

Tal posicionamento está correto, porquanto o rito estabelecido na Lei Complementar n. 64/90 é mais célere. Portanto, as decisões nessa ação são proferidas em um curto espaço de tempo.

A ação constitucional deve ser ajuizada, no prazo de 15 dias, após a diplomação; caso contrário ocorre a decadência do direito de ação. Sem sombra de dúvidas, podem ser aproveitadas provas produzidas em outras ações, tais como na ação de investigação judicial eleitoral, prevista no art. 22 da Lei Complementar 64/1990.

Convém traçar um breve histórico da ação de investigação judicial prevista no art. 22, inciso XV, da Lei Complementar 64/1990. Esta previa expressamente que, se a AIJE fosse julgada procedente, após a eleição, ela serviria de base para a propositura da AIME, a qual tornará ineficaz a diplomação do candidato, ou seja, a cassação do mandato eletivo.

A AIME também poderia ser proposta após o pedido julgado procedente em ação de investigação Judicial, ou seja, sentença condenatória em AIJE, sendo que esta serviria de embasamento para a AIME. É o que se depreendia do art. 22, inciso XV, da Lei Complementar 64/90. Esse dispositivo, no entanto, caía no vazio, uma vez que a nova ação – AIME, não poderia modificar os efeitos da sentença em AIJE. Decretada a sanção de

²⁰⁶ CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 426.

inelegibilidade na AIJE, não era mais possível modificá-la na AIME. Nesta ação somente se poderia cassar o mandato do candidato, como esclarece Costa²⁰⁷.

Frise-se que a ação de impugnação de mandato eletivo não se presta para decretar a inelegibilidade. Tal sanção é reservada apenas às ações de investigação judicial eleitoral e de impugnação de registro de candidatura, que têm fase própria.

Ainda, quando era julgada a AIJE após as eleições, somente poderia ser decretada a inelegibilidade, que é condicionada ao trânsito em julgado dessa decisão, à luz do art. 15 da LC 64/1990. Portanto, apenas restaria à AIME tornar ineficaz o diploma do eleito, cassando-lhe, pois, o mandato.

Registre-se que, nesse caso, os efeitos da sentença que cassa o mandato na AIME são imediatos, sendo certo que os recursos eleitorais não têm efeito suspensivo, como previsto no art. 257 do Código Eleitoral. Muito embora a jurisprudência do TSE e alguns Tribunais Regionais Eleitorais tenham suavizado essa regra, concedendo efeito suspensivo a recurso em ações cautelares e agravos de instrumentos, o certo é que se deve dar aplicação à lei e não fazer peripécias jurídicas, com intuito de imprimir efeito suspensivo a recursos que, na verdade, não o têm.

Com a edição da Lei Complementar n. 135/2010, a AIJE passou a ter um novo regramento acerca das sanções impostas nessa ação. Assim, agora, o registro ou o diploma do representado poderá ser cassado, além da imposição de inelegibilidade. O diploma poderá ser cassado mesmo após as eleições, o que não era possível antes como dito acima. Nesse passo, deve-se analisar nesse momento o alcance da ação de impugnação de mandato eletivo – AIME, com a edição da Lei Complementar n. 135/2010, que alterou o art. 22 da lei complementar 64/90²⁰⁸.

²⁰⁷COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 605-606.

²⁰⁸BRASIL. *Lei Complementar n. 64/90*. WWW.planalto.gov.br. Acesso em 06 de janeiro de 2014. “Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

[...]

~~XIV – julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;~~

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou,

Crê-se que não haverá esvaziamento da ação de impugnação de mandato eletivo – AIME, pois as partes poderão sempre ajuizar a ação no prazo de 15 dias após a diplomação com vista a colher mais provas. Ademais, a AIME poderá ser proposta não somente por abuso de poder econômico, mas também em caso de *corrupção* e *fraude*, fatos que não são contemplados no art. 22 da LC n. 64/1990.

É certo que, desde que seja proposta AIME pelos mesmos fatos constantes da AIJE, não haverá litispendência, muito embora em ambas as ações a penalidade seja cassação do diploma/mandato. Por isso, justificam-se duas ações discutindo os mesmos fatos, pois ao final, se houver condenação, será cassado o mandato/diploma e ainda imposta inelegibilidade, pois na AIJE a inelegibilidade faz parte do pedido e na AIME inexistente a previsão legal da sanção da inelegibilidade. Ressalte-se que poderá haver conexão entre as duas ações.

5.5.6.1 Objeto da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME

O objeto da ação de impugnação de mandato eletivo é a desconstituição do mandato do agente público condenado. Não se impõe como sanção na AIME a inelegibilidade e multa, porquanto não há previsão para tais sanções na CR/88.

5.5.6.1.1 Corrupção eleitoral

O vocábulo *corrupção* tem várias acepções, a saber: devassidão, depravação, perversão, suborno, peita, de acordo com o Dicionário Aurélio²⁰⁹ e Dicionário Jurídico.²¹⁰ Tomando o vocábulo como sinônimo de “suborno, peita,” já se tem uma dimensão mais mensurável do ilícito.

além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

XV - se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11 da Constituição Federal, e art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral. (Revogado pela Lei Complementar nº 135, de 2010)”.

²⁰⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*; coordenação Marina Baird Ferreira, Margarida dos Anjos. 4ª edição. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 560.

²¹⁰ BRASIL. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. J.M. Othon Sidou. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 209.

O Direito Penal trata de dois tipos de corrupção: ativa e passiva. A corrupção ativa pode ser praticada por qualquer pessoa, no entanto, a passiva, que interessa ao nosso estudo, é praticada somente por servidor público no exercício de suas funções.

O Código Penal, em seu art. 317, dispõe sobre o delito:

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Regis Prado faz a seguinte preleção acerca da corrupção passiva: *Pode-se definir corrupção passiva, no seu tipo central, como o recebimento, solicitação ou aceitação de promessa de vantagem indevida por parte de funcionário público, diretamente ou por interposta pessoa, em razão de sua função*²¹¹.

Ora, trata-se de verdadeiro suborno, peita o ato do servidor/agente público receber aceitar ou solicitar algum benefício para exercer as funções, pois já é remunerado pelos cofres públicos. Portanto, o servidor/agente público no intuito de auferir ganhos ilegais utiliza-se de seu cargo para forçar o particular a lhe pagar pelo exercício de suas funções. Conforme dito anteriormente, o Estado já o remunera.

No Direito Eleitoral, corrupção não poderia ter outro significado. Portanto, quando o agente público e/ou candidato (Presidente da República, Governador, Senador, Deputado Federal e Estadual, Prefeito e Vereador) usam a Administração Pública como mercadoria, moeda de troca de voto, e prometem ou aceitam vantagem para que o eleitor vote nele, aí teremos a corrupção eleitoral.

José Jairo Gomes assim define a corrupção eleitoral:

[...]

²¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1 – Parte Geral. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 415.

A seu turno, a corrupção pressupõe necessariamente o desvirtuamento das atividades desenvolvidas por agente estatal, o qual mercadeja, negocia ou trafica sua atuação na Administração Pública; em troca, aceita promessa ou efetivamente recebe vantagem ilícita. É próprio da corrupção a solicitação, a aceitação ou o recebimento de vantagem a título de contraprestação pela prática – omissão ou retardamento – de ato político-administrativo. A idéia de corrupção encontra-se umbilicalmente ligada à Administração estatal, tanto que o Código Penal consagrou-a no capítulo atinente aos “crimes contra a Administração Pública”. Não se pode olvidar que, embora não seja exclusiva do Brasil, a corrupção sempre esteve presente na história das instituições brasileiras. No presente contexto, é matizada pela influência no processo eleitoral. Deveras, não se pode desvincular a corrupção prescrita no §10 artigo 14 da Lei Maior das práticas eleitorais. A autoridade pública, desbordando dos lindes constitucionais, legais e regulamentares traçados para o exercício das funções do cargo que ocupa, age ou deixa de agir com vistas a favorecer determinada candidatura ou determinado grupo político. É irrelevante que o ato praticado encarte-se entre suas atribuições legais, pois isso não é bastante para retirar-lhe a mácula; importante é o seu sentido de influir indevidamente nas eleições²¹².

5.5.6.1.2 Fraude eleitoral

A fraude eleitoral, por sua vez, denota a dissimulação, artifício ou ardil. O candidato ou agente público utiliza-se de meios escusos para enganar o eleitor, de forma a cooptar-lhe o voto.

Costa faz as seguintes ilações acerca da fraude:

Fraude, no art. 14, §10 da CF/88, não está aí como termo técnico, devidamente concebido pela dogmática. Quem reduzir o signo fraude ao conceito de fraude à lei, desenvolvido pela doutrina, deixará de lado mecanismos não menos nocivos, aparentados seus: os atos simulados. Devemos, de conseguinte, subsumir ao conceito de fraude, para efeito de ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo, a fraude à lei e a simulação de atos jurídicos.

[...]

Pontes de Miranda, em cores vivas, chama a atenção que em tal maquinação, algo se ostenta exteriormente, algo de exterior se mostra, enquanto diversamente algo de verdadeiramente intrínseco entendem os figurantes. Vale dizer: “ostenta-se o que não se queria; e deixa-se, inostensivo, aquilo que se quis”.

Exemplo marcante de simulação é o que ocorre com a corrente eleitoral, um procedimento utilizado para se realizar compras de votos seguramente, com a certeza de que o eleitor corrompido guardou na urna a escolha do candidato corruptor. [...] ²¹³.

5.5.6.1.3 Abuso de poder econômico

²¹² GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 558.

²¹³ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 614-615.

O abuso de poder econômico nas eleições sempre foi uma preocupação da sociedade, do Legislador e do Judiciário, uma vez que essa espécie de abuso macula a livre vontade do eleitor. Em 1988, o legislador criou na Constituição da República uma ação de impugnação de mandato eletivo para coibir essa prática tão comum no Brasil.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral ao longo dos anos é pacífica no sentido de que a captação ilícita de sufrágio é uma espécie de corrupção/ abuso de poder econômico, caso tenha potencialidade para influenciar na vitória do candidato ímprobo.

José Jairo Gomes declara que a ação de impugnação de mandato eletivo tem fundamentos possíveis e, ainda, pontua que a corrupção envolve a negociação da forma de atuar do candidato na Administração Pública. Vejamos:

Três são os fundamentos possíveis para a ação em apreço, a saber: abuso de poder econômico, corrupção e fraude.

O primeiro consubstancia-se no mau uso do poder econômico, conforme já assinalado.

A seu turno, a corrupção pressupõe necessariamente o desvirtuamento das atividades desenvolvidas por agente estatal, o qual mercandearia, negocia ou trafica sua atuação na Administração Pública; em troca, aceita promessa ou efetivamente recebe vantagem ilícita. É próprio da corrupção a solicitação, a aceitação ou o recebimento de vantagem a título de contraprestação pela prática – omissão ou retardamento – do ato político-administrativo. A idéia de corrupção encontra-se umbilicalmente ligada à Administração estatal, tanto que o Código Penal consagrou-a no capítulo atinente aos “crimes contra a administração pública”. Não se pode olvidar que, embora não seja exclusiva do Brasil, a corrupção sempre esteve presente na história das instituições brasileiras. No presente contexto, é matizada pela influência no processo eleitoral. Deveras, não se pode desvincular a corrupção prescrita no §10 artigo 14 da Lei Maior das práticas eleitorais. A autoridade pública, desbordando dos lindes constitucionais, legais e regulamentares traçados para o exercício das funções do cargo que ocupa, age ou deixa de agir com vistas a favorecer determinada candidatura ou determinado grupo político. É irrelevante que o ato praticado encarte-se entre suas atribuições legais, pois isso não é bastante para retirar-lhe a mácula; importante é o seu sentido de influir indevidamente nas eleições²¹⁴.

Também, Ramayana afirma a característica principal da ação de impugnação de mandato eletivo:

A principal finalidade dessa ação, ao nosso sentir, reside na defesa dos interesses difusos do eleitor, que foram manipulados no exercício do voto, votando num processo eleitoral impregnado por fraude, corrupção e abusos, onde o mandamento nuclear do voto, como princípio fundamental da soberania popular e político-constitucional, é nulo de pleno direito, conforme dispõe o art. 175, § 3º, do Código Eleitoral, porque o responsável pelas práticas ilícitas é considerado

²¹⁴ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, S.A., 2012, p. 564.

inelegível, e os votos atribuídos aos candidatos inelegíveis são essencialmente nulos de pleno direito²¹⁵.

Há inúmeros autores que abordam a questão de forma semelhante a esses já citados. O certo é que a ação de impugnação de mandato eletivo é meio hábil para desconstituir o mandato do candidato que se serviu da corrupção eleitoral/abuso de poder econômico para se eleger.

O abuso de poder econômico, sem dúvida, tem maior incidência que a corrupção e fraude no processo eleitoral. Ocorre sempre porque alguns candidatos têm mais condições financeiras que outros. Portanto, usam desse poderio financeiro para dobrar as regras eleitorais a fim de viciar a vontade do eleitor, beneficiando-o de alguma forma, quer oferecendo alimentos, casas, terrenos e inúmeras outras formas de viciar a vontade do eleitor.

Costa nos ensina que:

Já o abuso de poder econômico consiste na vantagem dada a uma coletividade de eleitores, indeterminada ou determinável, beneficiando-os pessoalmente ou não, com a finalidade de obter-lhes o voto. Para que a atuação do candidato, ou alguém em seu benefício, seja considerada abusiva, necessário que haja probabilidade de influenciar no resultado do pleito, ou seja, que haja relação de causalidade entre o ato praticado e a percussão no resultado das eleições. Desse modo, o conceito de abuso de poder, econômico ou político, é relacional: apenas há abuso juridicamente relevante se, concretamente, trazer possibilidade de modificar o resultado da eleição. Assim, apenas no contexto do caso concreto poderá ser observada a existência de abuso relevante para incoar a sanção de inelegibilidade²¹⁶.

Por sua vez, Jairo Gomes assevera que o conceito de abuso de poder é bastante elástico e enumera algumas formas de o candidato ou de o agente político viciarem o voto do eleitor:

Já foi ressaltado alhures que o conceito de abuso de poder é, em si, uno e indivisível. Trata-se de conceito fluido, indeterminado, que, na realidade fenomênica, pode assumir contornos diversos. Tais variações concretas decorrem de sua indeterminação a priori. Logo, em geral, somente as peculiaridades divisadas no caso concreto é que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso. O conceito é elástico, flexível, podendo ser preenchido por fatos ou situações tão variados quanto os seguintes: uso nocivo e distorcido de meios de comunicação social; propaganda eleitoral irregular; fornecimento de alimentos, medicamentos, materiais ou equipamentos agrícolas, utensílios de uso pessoal ou doméstico, material de construção; oferta de tratamento de saúde; contratação de pessoal em período vedado; percepção de recursos de fonte proibida²¹⁷.

²¹⁵ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora *Impetus*, 2005, p. 282.

²¹⁶ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 531.

²¹⁷ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 453-454.

O simples abuso não é suficiente para caracterizar o abuso de poder econômico, mas é necessária a potencialidade lesiva da conduta de forma a macular o pleito eleitoral, conforme explica Jairo Gomes:

Frise-se que tanto o abuso de poder econômico quanto a corrupção e a fraude devem ter por desiderato a indevida influência nas eleições ou em seus resultados, de sorte a macular a soberania da vontade popular expressa nas urnas. Por isso, tem-se exigido que os eventos considerados apresentem *potencialidade lesiva*, isto é, sejam de tal magnitude que possam ferir a normalidade ou a legitimidade das eleições. Não há mister seja demonstrado o real desequilíbrio do pleito, isto é, que os eleitores efetivamente votaram ou deixaram de votar em determinado candidato em virtude dos fatos alegados. Mesmo porque o estabelecimento dessa relação causal seria impossível tendo em vista o segredo do voto. A potencialidade lesiva não se encontra necessariamente vinculada ao resultado quantitativo das eleições, mas à sua qualidade. O que importa é a existência objetiva dos eventos e a prova de sua potencial lesividade à normalidade e legitimidade do processo eleitoral²¹⁸.

Ramayana afirma que a doutrina não diz o que é abuso de poder econômico, apenas dá exemplos:

Difícilmente a doutrina define o que seja abuso do poder econômico ou político, adotando-se certos parâmetros que servem de bússola para o intérprete na constatação, cumprindo o legislador definir situações fáticas caracterizadoras do abuso, tais como: corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral); mapismo (art. 315 do Código Eleitoral); gastos eleitorais não contabilizados durante o período de propaganda eleitoral; utilização de bens públicos para reeleição ou para fomentar a campanha eleitoral de parentes ou cônjuges etc.²¹⁹.

Ressalte-se que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral entende que a captação ilícita de votos também pode constituir abuso de poder econômico. Citamos como exemplo o julgamento do Recurso Ordinário n. 737764²²⁰.

²¹⁸ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 559.

²¹⁹ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 298.

²²⁰ BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. RECURSO ORDINÁRIO N. 4377-64.2010.607.0000 RO - Brasília/DF- Acórdão de 17/11/2011. Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 232, Data 09/12/2011, Página 34-35. Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. PROVIMENTO PARCIAL. DEPUTADO DISTRITAL. COMPRA DE VOTOS. COAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS. MANUTENÇÃO. ABUSO DE PODER. INELEGIBILIDADE. CASSAÇÃO DE DIPLOMA. INCIDÊNCIA. LC Nº 135/2010. RECURSOS ESPECIAIS PREJUDICADOS. ASSISTENTES SIMPLES. DESISTÊNCIA. RECURSO. ASSISTIDO.

1. A utilização da estrutura de empresa de considerável porte para a realização de campanha eleitoral em favor de candidato, mediante a convocação de 1000 (mil) funcionários para reuniões nas quais houve pedido de votos e disponibilização de material de propaganda, bem como a distribuição posterior de fichas de cadastros nas quais cada empregado deveria indicar ao menos dez pessoas, configura abuso do poder econômico, com potencial lesivo ao pleito eleitoral.

2. Tais condutas também configuram captação ilícita de sufrágio, na linha de entendimento da Corte, com ressalva do ponto de vista do relator.

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral mostra-nos alguns exemplos de abuso de poder econômico, como a contratação de cabos eleitoral em número significativo; distribuição de refeições a eleitores^{221/222}.

Decerto, a definição de abuso de poder econômico não é fácil, para não dizer impossível dizer o que é abuso de poder e o que não é abuso de poder. É certo que sempre que o candidato ou agente público se utilizar do poderio econômico para desequilibrar a campanha

3. Aplica-se o disposto no art. 22, XIV e XVI, da LC nº 64/90, com a redação da LC nº 135/2010, que estabelece a pena de cassação por abuso de poder, independente do momento em que a ação for julgada procedente, e aumenta o prazo de inelegibilidade de 3 (três) para 8 (oito) anos.

4. Não incide na espécie o princípio da anterioridade legal insculpido no art. 16 da Constituição Federal, uma vez que o dispositivo em comento, modificado pela Lei da Ficha Limpa, não altera o processo eleitoral.

5. O pedido de desistência do recurso interposto pelo assistido acarreta o prejuízo dos recursos manejados pelos assistentes, que não podem recorrer de forma autônoma.

6. Recurso Ordinário desprovido, para manter a cassação do diploma, a imposição de multa e a declaração de inelegibilidade por 8 (oito) anos, com base nos arts. 41-A da Lei nº 9.504/97 e 22, XIV e XVI, da LC nº 64/90, com a nova redação da LC nº 135/2010, em razão da prática de abuso do poder econômico e captação ilícita de sufrágio.

7. Recursos especiais prejudicados.

Decisão: O Tribunal, por maioria, desproveu o recurso de Benício Tavares de Cunha Mello e revogou a liminar anteriormente concedida. Vencidos, em parte, os Ministros Marcelo Ribeiro (relator) e Dias Toffoli, que o proviam parcialmente apenas para afastar a incidência do artigo 41-A, da Lei nº 9.504/97.

²²¹ BRASIL. *TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL*. AgR-AC - Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 88037 - Jaguaré/ES Acórdão de 01/06/2010 - Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 02/08/2010, Página 212 Ementa: Ação de investigação judicial eleitoral. Ação de impugnação de mandato eletivo. Abuso do poder econômico. Captação ilícita de sufrágio.

1. O Tribunal Regional Eleitoral reconheceu a vultosa contratação, às vésperas da eleição, de cabos eleitorais para campanha, o que corresponderia à expressiva parcela do eleitorado, a configurar, portanto, abuso do poder econômico, bem como entendeu, diante do mesmo fato, provada a compra de votos, segundo depoimentos de testemunhas que foram considerados idôneos, julgando, afinal, procedentes os pedidos formulados em investigação judicial e ação de impugnação de mandato eletivo.

2. Em juízo cautelar, para afastar tais conclusões da Corte de origem, seria exigido, a princípio, o reexame do contexto fático-probatório da demanda, o que encontra óbice na Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental a que se nega provimento. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o Agravo Regimental, nos termos do voto do Relator.

²²² REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 5-57.2008.605.0078 - Camamu/BA - Acórdão de 16/08/2011. Relator(a) Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 09/09/2011, Página 30/31. Ementa: Ação de impugnação de mandato eletivo. Abuso do poder econômico. Inelegibilidade.

1. Para rever a conclusão do Tribunal Regional Eleitoral quanto à procedência de ação de impugnação de mandato eletivo, dada a configuração do abuso do poder econômico consistente na distribuição de refeições a eleitores, na antevéspera das eleições, durante a realização de evento político, com a utilização de trio elétrico e a presença da própria candidata ao cargo de prefeito, cujo fato teria evidente intuito de viciar a vontade do eleitor e macular a legitimidade das eleições, seria necessário rever o contexto fático-probatório da demanda, o que encontra óbice na Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal.

2. A procedência da ação de impugnação de mandato eletivo acarreta a cassação do mandato obtido por meio dos ilícitos de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude, a que se refere o § 10 do art. 14 da Constituição Federal.

3. A inelegibilidade não é pena, não cabendo ser imposta em decisão judicial ou administrativa, salvo na hipótese do art. 22 da LC nº 64/90, conforme previsão expressa do seu inciso XIV, o que não prejudica a respectiva arguição por ocasião de pedido de registro de candidatura, se configurados os seus pressupostos. Recurso especial parcialmente provido.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, proveu parcialmente o recurso, nos termos do voto do Relator.

eleitoral em seu favor, pode-se estar diante do abuso de poder econômico previsto na Constituição Federal²²³.

Indubitavelmente, a grande contribuição das decisões proferidas pela Justiça Eleitoral tem sido o fortalecimento da democracia. Essas decisões têm sido efetivas de forma a resguardar a liberdade do voto. Em suma, pode-se dizer que tem sido imensa a contribuição da Justiça Eleitoral para a democracia.

Assim, a Justiça Eleitoral, por intermédio da jurisprudência e inclusive mediante a edição de resoluções, tem tentado, dessa forma, cumprir o seu papel no Estado Democrático de Direito.

Sem adentrar na questão da judicialização da política, a Justiça Eleitoral tem tratado temas áridos de forma transparente e com energia tal como a infidelidade partidária.

As decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral, para definir quais condutas configuram abuso de poder econômico, têm dado um norte para os candidatos para não agirem dessa ou daquela forma na condução de suas campanhas eleitorais. No entanto, há, ainda, muito casuísmo que deve ser afastado.

A edição da Resolução 22.610/2007 para coibir mudança de partido e a jurisprudência acerca do abuso de poder econômico contribuíram para o aperfeiçoamento do sistema eleitoral e partidário brasileiro, coibindo as condutas lesivas à manifestação livre do eleitor através do voto.

Todavia, houve retrocesso em razão de não se reconhecer a legitimidade ativa do cidadão para propor as ações judiciais eleitorais, mormente a ação de impugnação de mandato eletivo, que não tem regramento processual próprio.

²²³BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 7116-47.2010.620.0000- RCED - Recurso Contra Expedição de Diploma nº 711647 - natal/RN- Acórdão de 27/10/2011 - Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI - Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 231, Data 08/12/2011, Página 32-33.

Ementa: RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. ELEIÇÕES 2010. GOVERNADOR. COLIGAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. CABIMENTO. ART. 262 DO CÓDIGO ELEITORAL. ROL TAXATIVO. ABUSO DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO E USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DESPROVIMENTO.

[...]

3. O abuso de poder configura-se no momento em que a normalidade e a legitimidade das eleições são comprometidas por condutas de agentes públicos que, valendo-se de sua condição funcional, beneficiam candidaturas, em manifesto desvio de finalidade. *Já o abuso de poder econômico ocorre quando determinada candidatura é impulsionada pelos meios econômicos de forma a comprometer a igualdade da disputa eleitoral e a própria legitimidade do pleito.*

4. Na espécie, não houve comprovação da prática dos alegados ilícitos eleitorais.

5. Recurso contra expedição de diploma desprovido.

Decisão: O Tribunal, por maioria, desproveu o recurso, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Ministro Marco Aurélio. (grifamos)

5.5.7 Relacionamento entre os sistemas jurídico e econômico

O relacionamento entre o sistema jurídico e o sistema econômico tem de ser harmônico a fim de que um não coopte o outro. Com efeito, esse inter-relacionamento não é de fácil apreensão, pois conjugar direito, legal/ilegal; político, poder/não poder ou governo/oposição e econômico, ter/não ter, tem sido perseguido aos longos dos séculos. O sistema econômico e político, em regra, não poderia predominar sobre o sistema jurídico, quer em razão do dinheiro, quer em razão do *status*, ou rede de influência que se adquire quando se opera o sistema econômico e político.

Marcelo Neves faz a seguinte preleção acerca do código lícito/ilícito:

A diferenciação do direito na sociedade moderna pode ser interpretada como controle do código-diferença "lícito/ilícito" por um sistema funcional para isso especializado. De acordo com o paradigma luhmanniano, essa nova posição do direito pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, ou seja, conforme o princípio da estratificação. Na medida em que o princípio de diferenciação baseava-se em uma distinção entre "superior" e "inferior", praticamente apenas o sistema supremo, a ordem política da camada social mais alta, constituía-se auto-referencialmente. O direito permanecia sobredeterminado pela política e pelas representações morais estáticas, político-legitimadoras, não dispendo exclusivamente de um código-diferença específico entre um sim e um não. A positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença "lícito/ilícito" exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira seu fechamento operativo.²²⁴

Segundo Marcelo Neves, no Estado moderno, o Direito assume novos contornos e que "a vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada pelos interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, pois depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico"²²⁵.

Niklas Luhmann nesse mesmo sentido acentua a independência dos sistemas:

Os sistemas são autônomos no nível das operações. A categorização da autopoiesis assume como ponto de partida a questão radical da autonomia, já que define o sistema a partir de seus próprios elementos. Autonomia significa que somente a partir da operação do sistema é possível determinar o que lhe é relevante e, principalmente, o que lhe é indiferente. Consequentemente, o sistema não está condicionado a responder a todo dado ou estímulo proveniente do meio ambiente. Os sistemas não podem importar nenhuma operação a partir do meio. No caso da consciência, não existe comunicação de consciência para consciência. Somente uma consciência pode pensar (mas não pode pensar com pensamentos próprios dentro de outra consciência). E a título de ilustração do caso da comunicação, nenhum

²²⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 80.

²²⁵ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 81-82.

processo químico pode vir a fazer parte do sentido da comunicação: nenhuma tinta derramada sobre uma folha pode produzir um texto.

Um sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações. [...].²²⁶

Naturalmente, a Constituição é a norma que faz preservar a essência dos vários sistemas, ou seja, do sistema jurídico, político e econômico. Há diferenças sistêmicas entre política e direito (e econômico, é claro). Todavia, a Constituição é que fará a ponte entre eles²²⁷.

O sistema jurídico, embora fechado operacionalmente (normativamente), estabelece comunicações com o sistema político e até econômico. Essa difícil relação de sistemas diferentes não é suficiente para inviabilizar um ou outro. Carlos Alberto Simões de Tomaz, ao tratar da questão, acentua que:

Todavia, quando se admite que se estabeleçam comunicações recíprocas entre os sistemas jurídicos e político, parte-se do pressuposto de que, não obstante fechado normativamente, o sistema jurídico abre-se cognitivamente. a heterorreferência própria dessa abertura cognitiva coloca a solução do paradoxo por meio de mecanismos do próprio sistema: os acoplamentos estruturais e não por meio de elementos de fora, meta-normativos, ideários, imaginários (direito natural, norma fundamental, regra de reconhecimento, etc). E é assim, através da comunicação intersistêmica, por meio da constituição como acoplamento estrutural, que se obtém "soluciones políticas para el problema da autorreferencia del derecho y soluciones jurídicas para el problema de la autorreferencia política." Isso acontece, sem dúvida, porque do mesmo modo que o direito, o sistema político é fechado operacionalmente e aberto cognitivamente²²⁸.

²²⁶ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 120.

²²⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 95-96. "No Estado de Direito, a diferenciação de política e direito realiza-se mediante a Constituição. Nessa acepção sistêmico-teorética, não se trata de um conceito normativo-jurídico, fáctico-social ou culturalista, no sentido de que todo e qualquer Estado, pré-moderno ou contemporâneo, absolutista, totalitário ou democrático-liberal, tem uma Constituição. Tampouco a Constituição é concebida como ordem total da comunidade no sentido do conceito clássico de politeia. Também, se exclui qualquer conceito decisionista, que implica uma relação hierárquica de sobreposição do poder ao direito. A Constituição é compreendida, especificamente, como "aquisição evolutiva" da sociedade moderna. Envolve um uso linguístico inovador vinculado às transformações revolucionárias ocorridas no início da era contemporânea. Esse novo sentido rompe com o paradigma semântico emergente na transição para a época moderna, no âmbito do qual a Constituição era conceituada como carta de liberdade ou pacto de poder. Em contraposição ao caráter apenas "modificador do poder", "pontual" e "particular" dos pactos de poder, surge, nos quadros das revoluções burguesas do século XVIII, o constitucionalismo moderno, cuja semântica aponta tanto para o sentido normativo quanto para a função "constituente de poder", "abrangente" e "universal" da "Constituição"."

²²⁸ TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. *Constituição, política e a ordem internacional herárquica*. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann, Editora CRV. Curitiba, 2011, 95.

Tais sistemas são independentes em uma sociedade, mas o código binário "direito/não direito" do sistema jurídico acaba por ser um "segundo critério de diferenciação da política"²²⁹.

5.5.7.1 As implicações da independência dos sistemas jurídico e econômico no Direito Eleitoral

5.5.7.1.1 O cometimento de crimes eleitorais para desequilibrar o pleito eleitoral

Foca-se nesse breve introito acerca do sistema jurídico, político e econômico nas ilicitudes eleitorais, tais como o abuso de poder econômico, A captação ilícita de sufrágio e financiamento de campanha.

Prosseguindo, a diferença entre os ilícitos penal e cível-eleitoral reside na aplicação da sanção, pois o ilícito penal afeta a liberdade do acusado (naturalmente, há suas implicações cíveis, como indenização e até multa), enquanto o ilícito eleitoral atinge a condição de elegibilidade do candidato, como a cassação de registro, diploma ou mandato eletivo.

A partir do ilícito eleitoral sobressai o abuso de poder econômico. A definição de abuso de poder não é simples. Na verdade, a doutrina e a jurisprudência não o definem, apresenta tão somente exemplos de abuso de poder econômico.

O art. 222 do Código Eleitoral prevê que a votação do candidato é inválida quando viciada de falsidade, fraude, coação e pela interferência do poder econômico ou poder de autoridade e usos de meios vedados ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedados por lei. Portanto, trata-se das práticas que violem a regularidade e desequilibrem o processo eleitoral.

Igualmente, constitui abuso de autoridade, a teor do art. 74 da Lei n.º 9504/97, a violação do disposto no §1º do art. 37 da Constituição da República, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro ou do diploma.

É certo que o candidato ao cometer abuso de direito, somente o faz porque tem direito. É uma dicotomia, com certeza, pois ele atua dentro de seu poder, entretanto, extrapola os limites da legalidade.

²²⁹ TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. *Constituição, política e a ordem internacional herárquica. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann*, Editora CRV. Curitiba, 2011, p. 96.

O art. 187 do Código Civil equipara o abuso de direito a ato ilícito ao preceituar que “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

No Direito Eleitoral, os fatos que constituem abuso de poder econômico são exemplificados pelos desvios dos meios de comunicação social, fornecimento irregular de bens e serviços, distribuição vedada de brindes, percepção de recursos de fontes vedadas e descumprimento de regras de arrecadação e prestação de contas, conforme previsto na Lei Complementar n. 64/90 e na Lei n. 9.504/97.

Cumprido, ainda, ressaltar que o fornecimento de bens e serviços com o propósito de adesão do eleitor a uma candidatura se subsumem à conduta descrita no tipo penal do art. 299 do Código Eleitoral - captação ilícita de sufrágio, e, também, pode se subsumir ao ilícito cível-eleitoral do art. 41-A da Lei n. 9.504/97. Igualmente, o art. 237 do Código Eleitoral prevê o abuso de poder econômico como ilícito eleitoral, embora não imponha sanção.

Cumprido mencionar, também, que o art. 24 da Lei n.º 9.504/97 proíbe recebimento de recursos para a campanha de diversas fontes: entidade ou governo estrangeiro, órgão da administração direta e indireta ou fundação mantida com recursos do poder público, entidade de direito privado que receba contribuição compulsória, entidade de utilidade pública, entidade de classe ou sindical, pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior, entidades beneficentes e religiosas, entidades esportivas e organizações não governamentais que recebam recursos públicos e organizações da sociedade civil de interesse público.

O famigerado "caixa dois" configura abuso de poder econômico, pois influencia de forma ilícita as eleições, ao colocar em vantagem o candidato que dele se beneficia. Nesse ponto, deve-se sobrelevar que nem mesmo a aprovação de contas de campanha do candidato pela Justiça Eleitoral impede o ajuizamento da ação prevista no art. 30-A da Lei n. 9.504/95, em razão de eventual abuso de poder econômico através do ilícito "caixa dois" ou mesmo da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo previsto no art. 14, §10 da Constituição Federal.

O referido artigo prevê que “o mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

Trata-se de relevante meio de promoção da legalidade, da vontade popular, da legitimidade e da normalidade do processo eleitoral contra atos abusivos. Já reconheceu o Tribunal Superior Eleitoral a possibilidade de o abuso do poder político e econômico ser apurado por essa via, observado o procedimento da Lei Complementar n.º 64/90.

Igualmente, o Código Eleitoral tipifica criminalmente condutas tais como: inscrição e transferência fraudulentas, compra de votos, coação, transporte irregular de eleitores, atos ofensivos à honra de candidatos, divulgação em propaganda eleitoral de fatos sabidamente inverídicos, desobediência, falsificação e uso de documentos adulterados, dano, destruição de material de propaganda. Essas condutas podem se enquadrar como abuso de poder econômico, caso reste demonstrado que sua interferência no pleito eleitoral foi tamanha e causou/houve desequilíbrio entre os candidatos.

Tanto é assim que o legislador elevou à categoria de ilícito cível-eleitoral a corrupção tipificada no art. 299 do Código Eleitoral ao prever no art. 41-A da Lei n. 9.504/97 que esses mesmos fatos são sancionados com a cassação de registro/diploma.

Ora, o poder econômico utilizado para a prática de crimes com finalidade única e exclusiva de afetar a igualdade entre os candidatos requer uma abertura do sistema jurídico, em razão dessa nova realidade ou alterações "cognitivas do entorno" para avaliar esse novo fato introduzido no sistema. Assim, tal fato poderá ser sancionado na seara cível-eleitoral, com, inclusive, a cassação de registro/diploma ou mandato.

É o que preleciona Carlos Alberto Simões de Tomaz ao discorrer sobre a abertura do sistema jurídico:

A cláusula operacional, como já observamos, erige-se a par de toda uma rede de operações recursivas que permitem dizer se a comunicação se realiza ou não em razão da diferenciação, a ponto de incluir ou excluir uma operação no sistema. Assim, a partir dos próprios critérios, funções e diferenciação binária primária (direito/não direito), a comunicação se estabelece e pode-se dizer se a operação pertence ou não ao sistema jurídico diferenciado-a dos demais sistemas. Pode-se dizer, nessa contextura, que o sistema faz referência a si mesmo (autorreferência) e referência ao entorno (heterorreferência).²³⁰

Adverte, ainda, o referido autor que:

Conquanto o entorno seja básico, pois, não podemos perder de vista: o direito é um dos sistemas sociais, que convive ao lado de outros sistemas sociais como a economia, a política, sem falar ainda dos sistemas biológicos e físico-químicos, é preciso ter em mente que o que está fora pode condicionar em certos casos e em maior ou menor escala, mas não determinar sua produção. O que estamos querendo dizer é que o sistema jurídico fazendo uso de seus próprios critérios filtra as mudanças cognitivas do entorno. Vê-se, por aí, o quanto efetivamente a abertura a questões cognitivas depende do fechamento normativo do sistema²³¹.

²³⁰ TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. *Constituição, política e a ordem internacional herárquica. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann*, Editora CRV. Curitiba, 2011, p. 65.

²³¹ TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. *Constituição, política e a ordem internacional herárquica. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann*, Editora CRV. Curitiba, 2011, p. 66.

Assim, o abuso de poder econômico é sancionado tanto pelo direito penal eleitoral quanto pelo Direito Eleitoral na sua dimensão cível-eleitoral.

5.5.7.1.2 O financiamento privado de campanha como meio de abuso de poder econômico

Analisa-se, ainda, como exemplo o financiamento público de campanha sob o enfoque do abuso de poder econômico. O financiamento atual de campanhas eleitorais conduz a várias distorções, tais como: quebra de isonomia entre os candidatos, abuso de poder econômico, captação ilícita de sufrágio, etc.. Isso limita, pois, o direito do cidadão de presenciar uma campanha eleitoral sem máculas, oportunismos e ainda a presenciar um tratamento isonômico entre os candidatos. Assim, pergunta-se: O financiamento exclusivamente público de campanha eleitoral dará efetividade do princípio da igualdade previsto na Constituição da República, na medida em que colocará todos os candidatos a cargo políticos na mesma posição econômica?

O financiamento privado de campanha está previsto na Lei n. 9.504/97, em seus artigos 17, 18, 23, 27 e 81. O financiamento privado de campanha comporta muitos desvios, “caixa dois”, tanto é certo que há várias representações na Justiça Eleitoral questionando pessoas físicas e jurídicas que doaram acima do limite permitido e, ainda, representações por captação ou gastos ilícitos de recursos privados.

Ademais, aqueles candidatos que tenham empresas “poderosas” e pessoas físicas igualmente poderosas, como simpatizantes, tendem a conseguir mais recursos para realizar sua campanha. Aí nos perguntamos: quais seriam os motivos dessas empresas ou pessoas físicas para realizarem doação? O certo é que a desigualdade entre os candidatos é patente, pois, como dito, alguns candidatos terão mais recursos que outros em razão de sua aproximação com empresas e cidadãos, que estão dispostas a doar para sua campanha.

Não se pode olvidar que o financiamento de campanha atual não é somente privado, pois recursos do fundo partidário podem ser utilizados para a campanha. Como se sabe, a União destina verba para o fundo partidário dos partidos. O Fundo especial de assistência financeira aos Partidos Políticos, denominado Fundo Partidário, é constituído por dotações orçamentárias da União, multas, penalidades, doações e outros recursos financeiros que lhes forem atribuídos por lei. Os valores repassados aos partidos políticos, concernentes aos

duodécimos e multas (discriminados por partido e relativos ao mês de distribuição), são publicados pelo TSE mensalmente no Diário da Justiça Eletrônico.

O art. 17 da Constituição da República faz previsão expressa ao fundo partidário e o art. 38 da Lei n. 9.096/95 e o art. 20 da Lei n. 9.504/97 que o candidato poderá utilizar recursos do fundo partidário repassados pelo partido a sua campanha eleitoral.

Por sua vez, a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, que dispõe sobre partidos políticos, estabelece que recursos do fundo partidário, diz ser possível destinar recursos do fundo partidário para campanha eleitoral de candidato. Os arts. 41 e 41-A do mesmo diploma disciplina como se dá a distribuição dos valores do fundo partidário aos partidos políticos.

Naturalmente, aos partidos é vedado arrecadar dinheiro das fontes enumeradas no art. 24 da Lei n. 9.504/97. Cabe, inclusive, sanção se houver violação a este preceito, qual seja, a suspensão da quota do fundo partidário, nos termos do art. 25 do mesmo diploma.

Na verdade, não se sabe como tais recursos são repassados e nem quais critérios os partidos utilizam. Assim, como se vê, o financiamento de campanha no Brasil é, em tese, misto incipientemente.

Nesse ponto, defendemos que o financiamento puramente público de campanha é a melhor forma de permitir lisura nas campanhas eleitorais e, mormente, a isonomia entre os candidatos. É certo que o modelo adotado na legislação ofende o princípio da igualdade, previsto no art. 5º e inciso I, da CR/88 e favorece o abuso de poder econômico.

Há vários argumentos contra e a favor do financiamento público de campanha eleitoral. Cristiane Rachel Pironi²³² em sua dissertação de mestrado traz as seguintes ilações acerca da questão. São argumentos a favor do financiamento público segundo essa autora: 1) aspecto democrático do financiamento público; b) redução do impacto dos interesses econômicos na política com fortalecimento dos partidos políticos, eliminando a busca de candidatos por financiamento privado; 3) eliminação das conseqüências negativas do financiamento privado, diminuindo o gasto com a competição política, aumentando a igualdade do processo eleitoral.

São argumentos contra o financiamento público: a) desestímulo à competição política e favorece o situacionismo; b) risco de diminuição da liberdade dos partidos, afastamento do partido de suas bases, enfraquecendo os laços entre partido e sociedade, causando uma dependência excessiva dos cofres públicos.

²³² PIRONI, Cristiane Rachel. *Universidade de São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas*. Departamento de Ciência Política. Programa de Pós-graduação em Ciência Política. 2008. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07052009-170520>. Acesso em 29 de outubro de 2013.

São argumentos a favor do financiamento privado: a) financiamento de pequeno porte por eleitores é benéfico para a democracia representativa; b) ausência de recursos é mais “alarmante” do que sua abundância, pois ausência de dinheiro significa dificuldade de o candidato de se comunicar com o eleitor, que é prejudicial à política.

São argumentos contra o financiamento privado: a) os políticos passam a atuar como agentes do interesse privado; b) financiamento privado é garantia de pluralismo, uma vez que o financiamento público exclusivo pode abrir espaço para que o governo exclua os partidos de oposição.

Indubitavelmente, o financiamento privado de campanha não se amolda aos cânones constitucionais, pois subtrai do cidadão o direito de ter um candidato legitimamente eleito pelo voto direto e secreto, sem ingerências do sistema econômico. Ademais, fere o princípio da igualdade entre os candidatos na busca pela representatividade da sociedade no parlamento. Por isso, defendemos essa modalidade de financiamento.

O financiamento de campanha é um tema extremamente complexo e de difícil solução, em virtude das forças políticas e econômicas envolvidas e, ainda, em face da ignorância de parte do eleitorado em como se processa a efetiva angariação de doação para as campanhas eleitorais milionárias. Não se pode olvidar da dificuldade que se tem de traçar um rumo seguro com o fim de estabelecer o que seria correto em termos de financiamento de campanha eleitoral. Escolher entre público ou privado, prevalecendo o último ou o primeiro.

Indubitavelmente, o financiamento atualmente delineado tem traços públicos, pois se utiliza de numerário do fundo partidário, que se compõe (além de outras rubricas) de dinheiro público proveniente do orçamento público da União.

Nesse ponto, deve-se atentar que qualquer rumo que se queira dar para o problema é sempre necessário ter como ponto de partida a Constituição da República, que cria/criou as instituições e as sustenta (sem mencionar as várias forças sociais dominantes do país). O princípio da igualdade, por assim dizer, direito fundamental previsto na CR/88, há de se levado em consideração, uma vez que o sistema atual de financiamento de campanha ganha sua perversão na medida em que afasta forças legítimas do páreo político.

Na verdade, o financiamento privado de campanha transforma alguns políticos em “páreas” políticos, que, sequer, têm condições de levar seus projetos à sociedade por absoluta falta de dinheiro para custear suas campanhas. Por outro lado, as campanhas milionárias de certos candidatos, com abundância de dinheiro doado por grandes empresas, construtoras, etc., conseguem chegar aos rincões do país para despertar o “virtuoso” eleitor.

Esse eleitor muitas das vezes é ludibriado por campanhas tecnologicamente aprazíveis e divertidas, transformando uma eleição em um grande enredo de filme de proporções, às vezes, hollywoodianas e, ainda, a associação de candidatos com força não legítimas como crime organizado para se amparar no poder. Merece ser, ainda, mencionada a tão famigerada captação ilícita de votos – compra de votos, que conta com grande parcela de culpa do eleitor.

O sistema jurídico deve dar uma solução para a questão sem cortar o inter-relacionamento com o sistema político. Cortar a dependência do candidato a cargo político do dinheiro privado é, talvez, a sobrevivência do sistema político mais justo. O financiamento privado de campanha permite distorções muitas das vezes no próprio caráter do candidato ao destinar parte de dinheiro para captação ilícita de votos e “caixa dois.” Aí a prestação de contas do candidato apresentada à Justiça Eleitoral legitima formalmente os gastos de campanha eleitoral, simulando apenas a legalidade do ato, pois se sabe que a realidade não corresponde aos fatos.

Nesse ponto, a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann norteia essas situações ocorrentes na sociedade moderna. Traz-se a lume a compreensão do pensamento de Luhmann oferecida por Tomaz quando sinaliza para a circunstância de que a autopoiese do sistema pressupõe uma saudável interferência entre os sistemas jurídicos, político e econômico. Veja-se:

[...] É preciso realmente não olvidar que o sistema jurídico encontra-se frequentemente exposto às ingerências da economia e da política. O bloqueio da produção autopoietica do direito pode-se processar a tal ponto que ao invés de uma salutar e saudável fatorização de interesses, pode-se divisar, sem maiores dificuldade, o aparecimento de uma legislação simbólica, onde, segundo Luhmann, o sistema se mantém simulando legalidade, mas, mesmo assim não renuncia à sua normatividade em geral porque, ‘No obstante, mediatiza el código derecho/no derecho, anteponiendo una distinción al recurrir a um valor de rechazo (Gotthard Günther), que permite la subordinación oportunista a las élites capaces de imponerse. Com La pregunta de si el derecho se debe aplicar em estos casos, surge uma espécie de examen preliminar. Com ello se llega a situaciones limite em las que ele derecho funge solo, de manera ocasional e inconexa, como sistema. El derecho entonces se orienta hacia si mismo y em la realidad es percibido como um puro instrumento de poder – tanto desde dentro como desde fuera. Abstractamente es muy difícil localizar donde están ubicados estos limites dado que La confianza y La desconfianza están involucradas como mecanismos generales. Em el caso extremo ya no se puede hablar de clausura autopoietica e incluso tampoco de aprendizaje cognitivo respecto de las normas.’ Sem, todavia, se chegar à situação extrema cogitada por Luhmann, não se pode negar a subordinação da autopoiese do direito aos interesses oportunistas políticos e econômicos. Que dizer da tão propagada prática do fisiologismo? Que dizer de situações tão conhecidas como a compra de voto parlamentar ou as propinas judiciárias para juizes e servidores da justiça, delegados, agentes do ministério público, etc? O que estamos querendo dizer é que não se trata de simples irritação, perturbação ou influências recíprocas entre sistemas, salutareis, como já afirmamos. Na verdade, divisa-se mesmo – sem

prejuízo da sua autopoiese – uma colonização do direito pela política e pela economia²³³.

Gregório Assagra Almeida ensina que os direitos previstos na Constituição têm de ser efetivados, tornarem-se reais, pois o “*sistema é concebido de ordem jurídica dinâmica e aberta de valores*”²³⁴.

Então, nessa hora, o Estado deve interferir, pois sistema jurídico e sistema político devem se entender, mas em prol da comunidade, para aprimorar os meios de levar à comunidade as ideias políticas, convencê-la e não comprá-la. O debate de ideias é salutar e necessário para toda democracia e o Brasil é um Estado Democrático de Direito como preconiza a CR/88. Tal democracia se faz presente no momento do voto, pois é a partir do voto do eleitor que se estabelecerá um Estado verdadeiramente democrático, mas, diga-se, voto consciente do eleitorado e não comprado.

A sociedade tem expectativas de que seus direitos fundamentais, insculpidos na Constituição Federal, serão respeitados, de que as campanhas eleitorais serão ‘limpas’, imaculadas, sem “caixa dois”, captação ilícita de votos. Essas são expectativas legítimas às quais o Estado Social deve se ater e:

[...] Nessa linha, o direito se apresenta como sistema social funcionalmente diferenciado voltado para estabilizar expectativas sociais. Diferenciado pelo seu código binário (direito/não-direito), apto a imprimir-lhe identidade através de uma rede recursiva de operações onde se processam as relações dos elementos, das partes com o todo por meio de uma função, que igualmente o diferencia. Essa função é a estabilização de expectativas.

Com efeito, se as possibilidades são múltiplas, a contingência orienta as expectativas dentro daquilo que possam ser realizadas, emergindo, desde aí, a necessidade de seleção voltada para reduzir a complexidade, o que ocorre porque o sistema é um todo dotado de sentido, ou seja, de uma capacidade e selecionar dentro

²³³ TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. Constituição, política e a ordem internacional herárquica. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann, Editora CRV. Curitiba, 2011, p. 72-73.

²³⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 234. O sistema jurídico é concebido com ordem jurídica dinâmica e aberta de valores. A hermenêutica constitucional deve ser transformadora, de forma a constituir métodos de interpretação que possam tornar a Constituição uma realidade efetiva para a sociedade. O papel dos princípios constitucionais é fundamental no contexto do Estado Democrático de Direito e são eles que formam o parâmetro para a interpretação e a efetivação da Constituição como a base do sistema jurídico. A *democracia* e a *igualdade* nesse contexto não têm concepção simplesmente formal como no Estado Liberal de Direito. Assumem conteúdo substancial e estão ligados à necessidade de efetivação dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, individuais e coletivos. Os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo transformaram-se em direitos fundamentais de quarta dimensão, que vinculam os governantes e operadores do direito, tornando o sistema jurídico aberto, dinâmico e modificador da realidade social. O sistema jurídico, no Estado Democrático de Direito, interage com os demais sistemas de dimensão internacional naquilo que representam novas conquistas aos direitos fundamentais. Portanto, há plena abertura para a criação de uma ordem jurídica mundial transformadora e protetora dos direitos fundamentais, incluindo o direito do ambiente.

de um horizonte de possibilidades, permitindo, assim, que a comunicação se produza como sua unidade elementar.²³⁵

Então, a defesa de um financiamento (público) de campanha exclusivamente de dotação orçamentária da União, e porque não dos Estados também, que são coautores, dará eficácia ao princípio da igualdade entre os candidatos. Seriam evitadas, desse modo, distorções nas campanhas eleitorais e, ainda, o abuso de poder econômico, a captação ilícita de votos, de modo a levar ao eleitorado ideias, programas de governo e não “cestas básicas”, “um botijão de gás”, “uma nota de dez reais”, programas com efeitos de imagens e de sons dignos de produções cinematográficas com gasto exorbitante de dinheiro, etc. O cidadão tem direito de presenciar, “receber” e participar de uma campanha eleitoral sem máculas, “limpa”, sem peripécias, com finalidade de enganá-lo para obtenção de seu voto, ou seja, o candidato tem de realizar uma campanha eleitoral limpa.

Portanto, o financiamento de campanha da forma preconizada atualmente solapa os direitos fundamentais do cidadão na medida em que o interesse econômico coloniza o interesse público. Assim, deve-se preservar o sistema jurídico de forma a evitar interferências que possam relegar os direitos e garantias do cidadão, sem desprestigiar, é claro, uma comunicação entre os sistemas jurídico, econômico e político.

Nesse ponto, Tomaz chegou à seguinte conclusão:

A teoria dos Sistemas, a esse escopo, procura considerar tanto o direito, quanto a política e a economia como sistemas sociais autopoieticos – que se produzem a partir de seus próprios critérios e programas – sem descurar, todavia, que estes sistemas se encontram em constante inter-referência, pois, não obstante fechados operativamente, revelam-se, por esse mesmo motivo, abertos cognitivamente.

A comunicação intersistêmica que eclode a partir da abertura cognitiva processa-se através de operações mediatizadas pelo código binário de cada sistema. Dessa maneira, no sistema jurídico a diferenciação binária (lícito/ilícito ou direito/não direito) vai imprimir validade a operações a partir de uma cadeia sucessiva de comunicações operacionalmente diferenciada (circularidade) no processo de autoprodução que se volta para assegurar a autonomia do próprio sistema, que não resulta malferida pela comunicação intersistêmica na exata medida em que aquilo que o sistema recebe e incorpora passa por um filtro (seletividade) apto a imprimir conformidade com o direito.

Nesse diapasão, a constituição revela-se como um programa para ensejar a produtividade do sistema jurídico. Mais que isso, é a constituição que mediatiza a heterorreferência entre os sistemas jurídico e político. E o faz através de operações que são chamadas de acoplamentos, desde os acoplamentos operacionais aos acoplamentos estruturais chegando-se, enfim, às operações transjuncionais.

[...]

A função da constituição, nessa contextura, avulta-se no Estado Democrático de Direito como acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e

²³⁵ TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. *Constituição, política e a ordem internacional herárquica. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann*. Editora CRV. Curitiba, 2011, p. 47.

político. Isso pressupõe, primeiro, considerar que a constituição é, como já afirmamos, um programa a ensejar a autoprodutividade do próprio direito. Mas, também, ainda devemos considerá-la com um *médium* que vai conduzir a produção de operações transjuncionais na ordem mundial heterárquica a partir de heterorreferência entre os sistemas jurídico, político e econômico. [...] ²³⁶.

Prosseguindo, o mesmo autor faz um alerta:

Sem, todavia, se chegar à situação extrema cogitada por Luhmann, não se pode negar a subordinação da autopoiese do direito aos interesses oportunistas políticos e econômicos. Que dizer da tão propagada prática de fisiologismo? Que dizer de situações tão conhecidas como a compra de voto parlamentar ou as próprias judiciárias para juízes e servidores da justiça, delegados, agentes do ministério público, etc? O que estamos querendo dizer é que não se trata de simples irritação, perturbação ou influências recíprocas entre sistemas, salutares, como já afirmamos. Na verdade, divisa-se - sem prejuízo da sua autopoiese - uma colonização do direito pela política e pela economia. Isso, contudo, requer uma observação de um outro nível que não a autorreferência já que ela "não poder fornecer nenhuma diretiva externa para sua crítica ou para o seu melhoramento. A autopoiese dos sistemas autorreferenciais opera sob a condição de uma clausura recursiva." ²³⁷

De toda forma, mesmo tendo o Supremo Tribunal Federal declarado inconstitucional, em 2 de abril de 2014, os artigos da Lei n. 9.504/97 e Lei n. 9.096/95 que tratam do financiamento (doação) por pessoa jurídica de direito privado de campanha eleitoral, não se tem segurança de que essa decisão não será sobrepujada pelo Congresso Nacional. Este poderá, inclusive, aprovar emenda constitucional e instituir novamente o financiamento por pessoa jurídica ²³⁸.

Por fim, é mister asseverar que o Direito deve atuar em um nível mais equidistante dos fatos políticos e econômicos, de forma a não ser cooptado por esses sistemas, embora se reconheça que deva haver um relacionamento entre eles.

Carlos Alberto Simões de Tomaz faz importante reflexão sobre a questão ao afirmar que:

A teoria dos Sistemas, a esse escopo, procura considerar tanto o direito, quanto a política e a economia como sistemas sociais autopoieticos - que se produzem a partir de seus próprios critérios e programas - sem descurar, todavia,

²³⁶ TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. *Constituição, política e a ordem internacional herárquica. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann*, Editora CRV. Curitiba, 2011, p. 179-180.

²³⁷ TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. *Constituição, política e a ordem internacional herárquica. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann*, Editora CRV. Curitiba, 2011, p. 73

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucional n. 4650, ajuizada em 05.09.2011*. Distrito Federal. Relator Ministro Luiz Fux. Partes: Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB e Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional. www.stf.jus.br. Acesso em 12 de julho de 2014.

que estes sistemas se encontram em constante inter-referência, pois, não obstante fechados operativamente, revelam-se, por esse mesmo motivo, abertos cognitivamente²³⁹.

O Direito Eleitoral sujeito a várias ingerências sistêmicas tem de se reencontrar como parte do sistema jurídico e do sistema econômico ou político, pois, somente assim, o abuso de poder poderá ser afastado de vez das eleições, de forma a fazer valer o voto de cada cidadão.

²³⁹ TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. *Constituição, política e a ordem internacional herárquica. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann*, Editora CRV. Curitiba, 2011, p. 178.

6. TUTELA JURISDICONAL COLETIVA ELEITORAL

O Direito Eleitoral, como já dito nesta pesquisa, não tem sido objeto de estudos mais aprofundados. Talvez isso se deva em razão de sua aplicação ocorrer, mormente, em um curto espaço de tempo, ou talvez porque não interesse à comunidade acadêmica tal tema, principalmente, no que se refere ao processo.

Diferentemente do Direito coletivo no âmbito do processo civil que conta com uma infinidade de autores que tratam do tema com bastante profundidade, o Direito Eleitoral tem sido tratado como uma *ilha desgarrada do continente*. Tem-se presenciado nos diversos julgados da Justiça Eleitoral o Direito Eleitoral ser levado à natureza de direito individual e, às vezes, de Direito Coletivo. Entretanto, a jurisprudência não decide qual vertente deva ser seguida.

O Direito Eleitoral carece de sistematização e integração com outros ramos do Direito, pois, como dito, ele não é estanque, sendo certo que se deve ter como paradigma a Constituição Federal que irradia suas regras e princípios a todo ordenamento jurídico, inclusive, o Direito Eleitoral, que faz parte desse ordenamento.

Para situar o Direito Eleitoral, como ramo do Direito Coletivo, nessa pesquisa, adotar-se-á "a nova *summa divisio* constitucionalizada: Direito Coletivo e Individual", que metodologicamente é mais adequada ao presente trabalho, tratada por Gregório Assagra de Almeida em sua tese de doutorado²⁴⁰.

Segundo Gregório Assagra, a Constituição da República Federativa do Brasil rompeu com a *summa divisio* clássica Direito Público e Direito Privado e trouxe uma nova compreensão arrimada no texto constitucional, mais precisamente no "Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e

²⁴⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 437-438. "A *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual. Chega-se a essa conclusão porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Dessa forma, considerando que no contexto do constitucionalismo democrático os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico de forma a constituírem-se a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular, conclui-se que no contexto do sistema jurídico brasileiro a dicotomia Direito Público e Direito Privado não se sustenta.

Coletivos"²⁴¹. Além disso, sustenta sua tese na previsão da ação popular - art. 5º, LXXIII, art. 29, caput, e seu inciso III.

Rodolfo de Camargo Mancuso também fez essa distinção ao afirmar, sem demonstrá-la cabalmente:

Uma *summa divisio* está já estabelecida, separando, de um lado, os interesses privados, individuais, de cunho "egoístico", e, de outro, os interesses "mentaindividuais", estes compreensivos dos interesses que deparam a órbita de atuação individual, para se projetarem na ordem coletiva, vale dizer: sua finalidade é altruística.²⁴²

E a partir dessa conclusão a que chegam os autores, ou seja, da previsão no texto constitucional da existência dos Direitos coletivos e individuais é que revelaremos a natureza coletiva do Direito Eleitoral, sem afastar, é claro, a existência de um direito individual eleitoral, em alguns casos.

Deve-se asseverar que o direito coletivo otimiza o acesso à Justiça, considerando que um número ilimitado de pessoas pode obter um provimento jurisdicional que vale para todos sem os custos de um processo individual, primando, assim, pela economia processual e evitando decisões contraditórias, o que causa grande desprestígio à Administração da Justiça.²⁴³

Gregório Assagra de Almeida reconhece que Direito Eleitoral tem essa dimensão coletiva e individual. Vejamos:

Existem inúmeras outras dimensões do Direito Eleitoral Coletivo previstas na CF/88 de forma expressa ou implícita. A interpretação é sempre aberta e abrangente, própria dos direitos fundamentais, e a essa conclusão se chega com base no Capítulo I do Título II e arts. 5º, §2º, 129, III, da CF/88. No mesmo sentido, art. 1º, IV, da LACP (Lei n. 7.347/85). Constitui-se em rol de *numerus apertus*.

Assim, além dos arrolados e comentados em tópicos anteriores, outras espécies de Direito Coletivo existem, tais como: a) o direito ao lazer; b) o direito ao transporte coletivo; c) o direito à moradia; d) o direito aos serviços públicos; e) o direito de antena; f) o direito à prática de esporte; g) o direito coletivo do trabalho; h) o direito coletivo eleitoral²⁴⁴.

²⁴¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 437-438.

²⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed., rev., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 87.

²⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

²⁴⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 567-568.

O referido autor faz a seguinte afirmativa em "nota de rodapé":

O Direito Eleitoral é direito de dimensão predominantemente coletiva, pois visa tutelar o direito de toda coletividade à realização da vontade soberana de delegação do exercício do poder. Nada impede, contudo, que tenha dimensão individual, quanto ao plano do direito de cada cidadão, individualmente considerado, de votar e ser votado²⁴⁵.

Gregório Assagra de Almeida preleciona que essa nova divisão - Direito Coletivo e Individual - não interfere na autonomia do direito processual, uma vez que a ordem jurídica é composta tanto de normas materiais quanto de processuais, formais ou instrumentais²⁴⁶.

Prosseguindo, o autor assevera que:

Assim, o direito coletivo é integrado por um conjunto de princípios, garantias e normas de natureza material e normas de natureza processual, mas de titularidade coletiva. Por outro lado, o direito individual seria formado por um conjunto de princípios, garantias e normas de natureza material e de natureza processual, porém de titularidade individual²⁴⁷.

Igualmente, Edilene Lobo, ao defender a inclusão do cidadão dentre os legitimados para propositura de ações eleitorais, assevera que:

Diante desse argumento, pergunta-se: o eleitor é habilitado a deduzir sua vontade na ação eleitoral que impugna mandato, detendo razão ínsita, ou seja, na condição de interessado para tal? É ele um participante do processo eleitoral a ponto de questionar a legitimidade de seu resultado?

A resposta pode ser conduzida pelos direitos defendidos. Se se entende que os direitos políticos são meramente individuais e que estão os concorrentes ao pleito atuando sozinhos, sem a participação do cidadão, a resposta é negativa.

Tomando o processo eleitoral como coletivo, referindo-se aos interesses de todos nas comunidades em que opera, qualquer componente do povo que se submete a esse mesmo processo é apto a completar sua participação, a ponto de questionar a sinceridade do resultado de seu voto pela via jurisdicional²⁴⁸.

Portanto, já é hora de se pensar o Direito Eleitoral como inserido no ordenamento jurídico e não fora dele e para tanto se deve reconhecer sua natureza coletiva de forma a

²⁴⁵ ALMEIDA. Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 568.

²⁴⁶ ALMEIDA. Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 441. "[...] Convém destacar que essa nova divisão constitucionalizada, Direito Público e Direito Individual, não nega a autonomia metodológica do direito processual, até porque a ordem jurídica é composta tanto de normas materiais, voltadas para disciplinar as condutas sociais em suas relações intersubjetivas, quanto de normas processuais, formais ou instrumentais, consideradas normas secundárias."

²⁴⁷ ALMEIDA. Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 441.

²⁴⁸ LOBO. Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 120.

resolver temas que suscitam debates até agora sem solução satisfatória, tais como: a legitimidade ativa, a litispendência, etc.

Dessa forma, não deveria haver dúvida acerca da natureza coletiva do Direito Eleitoral, em razão dos direitos que ele ventila, ou seja, a tutela dos direitos políticos insculpidos no art. 14 da Constituição da República.

Gregório Assagra de Almeida afirma que uma das dimensões do Direito Eleitoral é, justamente, "tutelar o direito de toda coletividade à realização da vontade soberana de delegação do exercício do poder"²⁴⁹.

Os direitos políticos são direitos fundamentais que dizem respeito à participação política de todo cidadão, quer passiva quer ativamente.

Teori Albino Zavascki nos oferece o seguinte conceito de direito coletivo:

Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. "Direito coletivo" é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *strictu sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em sentido amplo. [...].

De acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso, citado por Luiz Manuel Gomes Jr., para merecer o *status* de direito coletivo são necessários os seguintes requisitos, a saber:

a)"um mínimo de organização, a fim de que se tenha a coesão necessária à formação e identificação do interesse em causa; b) "a afetação desse interesse a grupos determinados (ou ao menos determináveis) que serão os seus portadores; c) "um vínculo jurídico básico, comum a todos os aderentes, conferindo-lhes unidade de atuação e situação jurídica diferenciada"²⁵⁰.

Nas palavras de Gregório Assagra de Almeida, o direito coletivo:

²⁴⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 568.

²⁵⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 7.

Pode ser conceituado como a parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais, que compõe um dos blocos do sistema jurídico brasileiro e se integra pelo conjunto de princípios, garantias e regras disciplinadores dos direitos ou interesses difusos, dos direitos ou interesses coletivos em sentido restrito, dos direitos e interesses individuais homogêneos e dos interesses objetivos coletivos legítimos²⁵¹.

Afirma o referido autor que à expressão direito coletivo deve-se dar o sentido mais amplo possível. Ela abrange "os direitos e interesses difusos, os direitos e interesses coletivos em sentido estrito, os direitos e interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos objetivos legítimos" e, também, "o conjunto de garantias, regras e princípios que compõem o Direito Coletivo positivado no País"²⁵².

Rodolfo Viana Pereira, ao reconhecer a natureza difusa do Direito Eleitoral, assinala que se deve dar a ele o mesmo tratamento dispensado àqueles já tutelados pela Ação Civil Pública:

Em assuntos cuja relevância ultrapassa as fronteiras da compreensão tradicional dos domínios público e privado e que permeiam difusamente todos os possíveis pólos de interesse presentes na comunidade política, o zelo nunca é suficiente, sobretudo porque os efeitos do seu descumprimento repercutem igualmente de modo amplo e indiscriminado. Nesse ponto, o direito ao devido processo eleitoral deve ser equipado a outros ramos do Direito dotados de tratamento particular, tais como os já mencionados direito ao meio ambiente saudável, à proteção do consumidor, do patrimônio histórico e arqueológico, entre outros. Nesses casos, a constância e abrangência dos mecanismos de apuração das irregularidades e das contravenções são requisitos fundamentais para que a proteção seja minimamente eficaz²⁵³.

6.1 Definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

As definições de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos estão previstas no Código do Consumidor que assim dispõe:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

²⁵¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 437.

²⁵² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 437.

²⁵³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 147.

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Segundo Mazzilli²⁵⁴, os interesses transindividuais não pertencem à categoria de interesse público e nem à de interesse privado, ou seja, eles estão em uma posição intermediária.

Gregório Assagra de Almeida defende a tese de que o Direito Coletivo abrange todos os direitos transindividuais ou metaindividuais, afastando a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado²⁵⁵.

Prossegue Hugo Nigro Mazzilli afirmando que:

Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica fática. Mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido em proveito de todo o grupo lesado²⁵⁶.

Ricardo de Barros Leonel também sustenta que os interesses metaindividuais não são públicos e nem privados, todavia, estão mais próximos daqueles primeiros. Em suas palavras:

Os interesses supra ou metaindividuais podem ser identificados como uma terceira categoria, situada propriamente entre os interesses privados e os públicos, mas com maior proximidade destes últimos, ou, sob outro enfoque, e considerando os

²⁵⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50. "Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de interesses coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público."

²⁵⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008, p. 437.

²⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

públicos uma categoria mais abrangente, como uma modalidade diferenciada destes interesses²⁵⁷.

Assim, sob a ótica processual, a defesa dos direitos coletivos (sentido estrito), difusos e individuais homogêneos por alguns legitimados é mais eficiente sob o ponto de vista econômico e de segurança jurídica, sendo certo que não são salutares decisões díspares versando sobre os mesmos fatos. Portanto, a reunião de todos titulares de um direito numa ação única tende a democratizar a decisão final, visto que haverá uma única decisão para todos que estão vivendo lesões similares.

Por sua vez, Vicente de Paula Maciel Júnior rechaça os termos interesse coletivo e difuso, adotando a expressão *interessados coletivos, difusos ou homogêneos*. Afirma o autor que todo interesse é individual, em razão de ser "identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção"²⁵⁸.

Assevera o autor que para se reconhecer a presença de interesses ou interessados difusos ou coletivos deve-se atentar para o seguinte:

Se a abrangência do fato for tamanha que não se possa identificar o número de interessados individuais no mesmo estaremos diante de interessados difusos. Se o fato atingiu um número de interessados pertencentes a um grupo organizado e associado teremos os interessados coletivos. Se, por outro lado, o fato atinge um número determinável de indivíduos não organizados ou associados, mas que manifestam de modo homogêneo os interesses que se harmonizam, temos os interessados homogêneos²⁵⁹.

Assim, os direitos são difusos quando não for possível apontar os interessados individualmente, sendo, portanto, indetermináveis e coletivos. Por outro lado, será direito individual se a providência disser respeito somente ao cidadão em sua singularidade.

A importância em se reconhecer a natureza coletiva dos direitos protegidos pelo Direito Eleitoral reside no fato de reconhecer também uma maior participação do processo pelos cidadãos.

Vicente de Paula Maciel Júnior admite que exista intenção de excluir o cidadão da fiscalização desses direitos:

²⁵⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

²⁵⁸ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006. 58.

²⁵⁹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 58.

Entretanto, as forças dominantes nos processos de definição de competência de poder e muitas vezes os próprios agentes políticos, vêm determinando a exclusão dos indivíduos nos processos judiciais através da limitação da legitimação para agir. Ou seja, o sistema baseado nos direitos subjetivos vem privilegiando a tutela individual dos direitos e admitindo pouquíssimos avanços quanto às demandas contra os agentes políticos ou mesmo quanto à legitimação para que concorrentemente os sujeitos possam participar da correção sobre a deliberação de alguns atos do poder. E quando os agentes políticos agem contra ou fora dos limites das competências de poder que possuem, eles próprios instituem por lei um sistema de responsabilidade civil perante o qual quem sofrerá a ação será a "pessoa jurídica de direito público" e não o agente político.

O mesmo ocorre quanto ao processo coletivo, que importa em uma forma de participação difusa dos sujeitos na fiscalização da legalidade de atos praticados e que podem ser anulados pelo Poder Judiciário, com evidentes repercussões na vida dos indivíduos.

As demandas coletivas ressaltam temas que muitas vezes afetam um número indeterminado de pessoas e inclusive o próprio Estado. É inegável que a demanda coletiva possui, portanto, uma grande força participativa, mesmo porque o seu resultado poderá gerar modificações e adequações de atos de execução dos agentes políticos no exercício de competências de poder. Isso representa uma forma de controle participativo e a ação coletiva é uma forma de linguagem jurídica adequada à colocação em debate do discurso sobre questões controvertidas na sociedade²⁶⁰.

Assim, os verdadeiros interessados difusos ficam à margem do sistema, sem poder agir e fiscalizar a legalidade dos atos praticados pelos candidatos e Partidos Políticos, os quais interferem diretamente em suas vidas.

6.2 Direitos coletivos

Nos ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli, interesse coletivo é:

Em sentido lato: expressão interesses coletivos refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias e pessoas. Nessa acepção larga é que a Constituição se referiu a direitos coletivos, em seu Título II, ou a interesses coletivos, em seu art. 129, III; ainda nesse sentido é que o próprio CDC disciplina a ação coletiva, que se presta não só à defesa de direitos coletivos *stricto sensu*, mas também à defesa de direitos e interesses difusos e individuais homogêneos²⁶¹.

Afirma ainda o autor que o Código do Consumidor - CDC, "introduziu também um conceito mais restrito de interesses coletivos. Coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum"²⁶².

²⁶⁰ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006. 119.

²⁶¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

²⁶² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55.

Com efeito, o Código do Consumidor traz um conceito de interesse ou direito coletivo mais restrito, a saber:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

[...]

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base²⁶³.

Ricardo de Barros Leonel, ao analisar o art. 81, inciso II, do CDC, afirma que se podem identificar duas características no interesse coletivo, que estão ausentes do interesse difuso, a saber: "maior limitação dos interesses coletivos, em virtude da existência do dado organizativo do grupo interessado (ausente nos difusos), e existência de uma relação jurídica embasando o liame existente entre os interessados"²⁶⁴.

Arremata o citado autor que "a peculiaridade dos [interesses] coletivos consiste na indivisibilidade decorrente da existência, como reflexo da situação da vida onde auferem sua gênese, de uma relação jurídica de direito material comum, inerente a todos os envolvidos na categoria considerada"²⁶⁵.

Vale lembrar que os direitos coletivos somente se consolidam com o CDC como deixa claro Bárbara Galvão Simões de Camargo, *et al*:

Não obstante a anterior existência e utilização de direitos e ações coletivas no sistema brasileiro, tais como a ação popular e a ação civil pública que proporcionavam a defesa do meio ambiente, patrimônio público etc., foi à aprovação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990) que consolidou o estudo, o desenvolvimento e a aplicação das tutelas coletivas²⁶⁶.

Nesse ponto, há de se atentar não só para a diferença entre interesse coletivo e difuso, mas também não confundir "defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos

²⁶³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, *que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22.03.2014.

²⁶⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 105-106.

²⁶⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.

²⁶⁶ CAMARGO. Bárbara Galvão Simões de; Yvete Flávio da Costa. *A ação coletiva face ao microdano*. Revista de Processo. vol. 219 p. 413. São Paulo: Ed. RT, fevereiro, 2013.

individuais, segundo alerta de Teori Albino Zavascki²⁶⁷”. Este autor nos oferece o seguinte conceito de Direitos Coletivos:

São direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. "Direito Coletivo é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo. Na definição de Péricles Prade, "são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade"²⁶⁸.

Gregório Assagra de Almeida aponta as principais características dos direitos coletivos em sentido estrito: "[...] transindividualidade real ou essencialmente restrita ao grupo, categoria ou classe de pessoas; determinabilidade dos sujeitos; divisibilidade externa e indivisibilidade interna; disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual; relação jurídica-base a unir os sujeitos; irrelevância da unanimidade social; organização-ótima viável; reparabilidade indireta"²⁶⁹.

6.3 Direitos difusos

Na lição de Hugo Nigro Mazzilli, interesses difusos são "como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhado por pessoas indeterminadas, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas"²⁷⁰.

Vicente de Paula Maciel Júnior, citando Mauro Cappelletti, aduz que:

A "questão social" está na base dos interesses difusos, que decorrem das necessidades da sociedade contemporânea, caracterizada pelo "fenômeno de massa". Vivemos em uma economia cuja preocupação se dirige ao trabalho, consumo, comércio e produção em massa, com reflexos no campo social, e na presença do

²⁶⁷ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

²⁶⁸ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33-34.

²⁶⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 51.

²⁷⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

Estado promocional e intervencionista, o Estado de *welfare*. Em consequência, as relações toma novo dimensionamento, engendrando problemas antes inexistentes, como o "dano de massa", ou seja, a possibilidade de um ato ilícito ou prejudicial a um número ilimitado ou indeterminado de pessoas, como na hipótese dos consumidores. Essa nova gama de interesses que merecem proteção não são individuais, privados, mas envolvem grupos, massas, coletividades. São interesses "fragmentados" (1988, p. 26) no sentido de que cada um de nós tem um fragmento do interesse difuso²⁷¹.

Conforme entendimento de Teori Albino Zavascki, "[...]. "Direito coletivo" é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*"²⁷².

Prossegue o autor afirmando que: "[...]. "É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo"²⁷³.

Segundo Péricles Prade, *apud* Teori Albino Zabaski: "São os titularizados por uma cadeira abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade"²⁷⁴.

Ricardo de Barros Leonel oferece-nos a seguinte definição de interesses difusos: "Os difusos são, assim, interesses que se referem a grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente um vínculo jurídico ou fático muito preciso, possuindo objeto indivisível entre os membros da coletividade, compartilhável por número indeterminável de pessoas"²⁷⁵.

Prossegue o autor com alguns exemplos para a exata compreensão dos interesses difusos:

Tomando como exemplo a tradicional referência às questões do meio ambiente para a compreensão da natureza e dimensão destes interesses, nota-se que o direito ao ar puro, à limpeza das águas, à higidez das florestas, à preservação das espécies animais são inerentes a toda a humanidade, ou, de forma mais específica, àquela comunidade que habita em determinada cidade, estado, região ou país. Sua titularidade é de pessoas indeterminadas e indetermináveis, que não podem ser

²⁷¹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 35-36.

²⁷²ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.34.

²⁷³ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.34.

²⁷⁴ PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*, p. 61, *apud* ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

²⁷⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 3ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

identificadas precisamente; são unidas por uma simples circunstância de fato ou contingencial extremamente mutável, o fato de residirem em determinado local ou região; o objeto do seu interesse é indivisível, pois não se pode repartir o proveito, e tampouco o prejuízo, visto que a lesão atinge a todos indiscriminadamente, assim como a preservação a todos aproveita; não há vínculo jurídico preciso entre os titulares²⁷⁶.

Ainda, alguns autores entendem que os direitos difusos têm certas características básicas que os diferem dos interesses coletivos e individuais homogêneos. Assim, a característica dos direitos difusos é exatamente a impossibilidade de se determinar quem são os seus beneficiários.²⁷⁷ Contudo, há, ainda, outras características que diferenciam direitos difusos de direitos coletivos, individuais homogêneos e, mormente, de direitos individuais.

Gregório Assagra de Almeida aponta as principais características dos direitos difusos: "[...] transindividualidade real ou essencialmente ampla; indeterminação dos seus sujeitos; indivisibilidade ampla; indisponibilidade; vínculo meramente de fato a unir os sujeitos; ausência de unanimidade social; organização possível, mas sempre mais difícil; reparabilidade indireta"²⁷⁸.

Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que “os interesses difusos apresentam as seguintes notas básicas: indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contingencial”²⁷⁹.

6.4 Direitos individuais homogêneos

A expressão interesses individuais homogêneos foi cunhada pelo legislador no Código do Consumidor - CDC, que assim dispôs em seu art. 81, inciso III:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

²⁷⁶LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 3ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

²⁷⁷GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 9. "O que caracteriza os direitos difusos e, justamente, a impossibilidade de se determinar "com precisão", quem seja o seu titular ou beneficiado, já que se trata de um direito que "(...) transcende a um indivíduo, podendo ser exercitado em conjunto em razão de elementos comuns (circunstâncias de fato). As pessoas, aqui, são indeterminadas."

²⁷⁸ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 51.

²⁷⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8. ed., rev., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

Acentuou o CDC que os interesses individuais homogêneos devem ter uma origem comum. Alguns autores entendem que essa definição é suficiente para identificar essa espécie de interesse, dentre eles, Elton Venturi.

Aluísio Gonçalves de Castro, *et al*, afirma que:

Enquadrando esta ideia, notamos que a previsão dos “direitos individuais homogêneos” em nosso ordenamento foi tabulada de maneira pioneira pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor, colocando-os lado a lado com os “direitos coletivos *strictu sensu*” e com os “direitos difusos” e os definindo laconicamente como “aqueles de origem comum”. [...] ²⁸⁰.

Vale, ainda, lembrar que os direitos coletivos somente se consolidam com o CDC como deixa claro Bárbara Galvão Simões de Camargo, *et al*:

Não obstante a anterior existência e utilização de direitos e ações coletivas no sistema brasileiro, tais como a ação popular e a ação civil pública que proporcionavam a defesa do meio ambiente, patrimônio público etc., foi à aprovação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990) que consolidou o estudo, o desenvolvimento e a aplicação das tutelas coletivas ²⁸¹.

O art. 91 do CDC ²⁸², ao dispor que os legitimados poderão propor ação civil coletiva de responsabilidade para pleitear danos individuais, acaba por identificar essa origem comum do interesse individual homogêneo, pois nesse caso estar-se-ia determinando os sujeitos que possam obter a indenização ²⁸³.

²⁸⁰ MENDES. Aluísio Gonçalves de Castro; Gustavo Osna; Sérgio Cruz Arenhart. Cumprimento de sentenças coletivas: Da pulverização à molecularização. Revista de Processo. vol. 222, p. 53. São Paulo: Ed. RT, abril, 2013.

²⁸¹ CAMARGO. Bárbara Galvão Simões de; Yvete Flávio da Costa. *A ação coletiva face ao microdano*. Revista de Processo. vol. 219 p. 413. São Paulo: Ed. RT, fevereiro, 2013.

²⁸² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, *que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. WWW. planalto.gov.br. Acesso em 22.03.2014. Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995).

²⁸³ VENTURI, Elton. Processo civil coletivo. *A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65-66. "Quanto à essência, há quem os compreenda não como um *tertium genus* de interesses meta-individuais, mas sim como uma peculiar modalidade de interesses difusos ou coletivos. Neste sentido conclui Alcides Alberto Munhoz da Cunha: "Para se ter o conceito de interesses individuais homogêneos torna-se necessário associar o contido no art. 81, III, com o contido no art. 91 do Código do Consumidor. O art. 81, III, dispõe que interesse individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum, o que sem dúvida é insuficiente para a qualificação. Não obstante, o art. 91 sugere que são interesses na obtenção de uma indenização pessoal para aqueles que se qualificam como vítimas ou sucessores das vítimas que sofreram danos imputáveis à mesma parte, em virtude de um único fato ou fatos conexos (daí a origem comum). (...). A despeito deste *nome iuris*, pode-se afirmar que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõem interesses coordenados e justapostos que visam à obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível. O que se pretende é uma condenação genérica, uma utilidade processual indivisível, em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em virtude de danos que têm origem comum. (...). Enquanto se busca a condenação genérica, entretanto, estar-se-á buscando um bem indivisível para uma multiplicidade de vítimas com interesses

Hugo Nigro Mazzilli assevera que, "em sentido lato, os interesses individuais homogêneos não deixam de ser também interesses coletivos."²⁸⁴ E continua afirmando que:

Tanto os interesse individuais homogêneos como os difusos originam-se de circunstâncias de fatos comuns; entretanto, são indetermináveis os titulares de interesses difusos, e o objeto de seu interesse é indivisível; já nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo)²⁸⁵.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar RE 195056/PR - Paraná esposou o entendimento que "Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis"²⁸⁶.

Quer nos parecer que a diferença entre Direitos individuais homogêneos e Direitos coletivos e difusos reside exatamente no fato de que naqueles o beneficiário da sentença coletiva poderá pleitear individualmente indenização para si. Assim, na reparação de danos individuais homogêneos, o produto da indenização vai para as vítimas ou sucessores. Porém, se decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, estabelece o artigo 100 do CDC que os legitimados do artigo 82 do mesmo diploma poderão promover a liquidação e execução da indenização devida. Nesse caso, dispõe o parágrafo único do mesmo dispositivo que o produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei 7.347/ 85.

Já com relação aos danos a direitos difusos ou coletivos em geral, o produto vai para o fundo criado pela Lei 7347/85 e podendo, conforme disposto no art. 13, ser destinado à União ou Estado.

No caso das condenações previstas na Lei n. 8.429/92 (art. 18), a reparação de dano ao erário, o produto ou a reversão dos bens vai para a pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Outras condenações vão para o fundo, tais como: condenação judicial em matéria de

convergentes na obtenção desta condenação. Se forem indeterminados os sujeitos, poder-se-á dizer que se está diante de interesses difusos sob a modalidade de interesses individuais homogêneos (...). De outro lado, se forem determinados os sujeitos, por serem integrantes de grupo, classe ou categorias de pessoas, os interesses, além de coletivos, poderão ser igualmente individuais homogêneos."

²⁸⁴MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

²⁸⁵MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

²⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 195056/PR - Paraná. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 09/12/1999 - órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 30-05-2003 pp-00030. Ement vol-02112-02 pp-0027- republicação: DJ 14-11-2003 pp-00018. [http: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia). Acesso em 22.03.2014.

interesses difusos e coletivos; b) multas judiciais e indenizações, desde que não destinadas à reparação de danos individuais; c) multas administrativas estabelecidas pelo CDC e pela Lei de Abuso de Poder Econômico; d) rendimentos auferidos com aplicações de recursos do fundo; e) doações e outras eventuais receitas.

Ricardo de Barros Leonel²⁸⁷ entende que a multa eventualmente devida pelo descumprimento de liminar deve ser destinada ao fundo à reparação dos interesses difusos lesados, criado pela lei. Há previsão nesse sentido no que tange às multas relacionadas aos interesses da criança e do adolescente e à defesa contra o abuso de poder econômico. Também, a legislação instituidora do Conselho Fiscal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos determina que o valor das multas seja depositado em nome daquele conselho.

Nesse caso, as multas em razão de liminar ou condenação não poderiam reverter em nome dos autores pela simples razão que eles não são titulares do interesse transindividual, pois têm legitimação extraordinária por substituição processual.

6.5 Direitos difusos, coletivos e individuais tutelados pelo Direito Eleitoral

Os direitos políticos são direitos fundamentais, previstos no art. 14 da Constituição Federal²⁸⁸, que conferem às pessoas a participação na condução do Estado Brasileiro. E o Código Eleitoral, juntamente com a Lei n. 9.504/97 e Lei Complementar n. 64/90, contém "normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente os de votar e ser votado"²⁸⁹.

À Justiça Eleitoral foi dada a missão de proteger, organizar e fiscalizar as eleições e, ainda, proteger o exercício de direitos políticos com seus consectários desdobramentos e, inclusive, processar e julgar os crimes eleitorais, porventura, cometidos contra esse bem jurídico, erigido ao status de direito fundamental.

Para Alexandre de Moraes, os Direitos políticos são:

[...] o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da Constituição Federal. São direitos

²⁸⁷LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 304-310.

²⁸⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014. "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular."

²⁸⁹BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014. "Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado."

públicos subjetivos que investem o indivíduo do *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos de cidadania²⁹⁰.

Igualmente, o conceito dado por Kildare Gonçalves Carvalho acerca dos direitos políticos:

Os direitos políticos não são direitos de defesa, contra o Estado, mas direitos de integração ao Estado, e têm como instituições principais os partidos políticos e um Poder Legislativo livre e representativo, que legitima a organização política da sociedade.

A participação do nacional no processo político, votando, sendo votado, exercendo cargo público e fiscalizando os atos dos detentores do poder, é traço do Estado Democrático do Direito. Assim, ao lado da liberdade autonomia, que se traduz na existência de direitos inerentes ao indivíduo e oponíveis ao Estado, fala-se em liberdade-participação, entendida como a prerrogativa do indivíduo de participar da vida política do Estado.

Os direitos políticos configuram, pois, essa liberdade-participação, que é assegurada a determinada categoria de nacionais, os chamados cidadãos. Portanto, há de se distinguir entre nacional e cidadão: nacional é aquele que se acha vinculado ao Estado por um liame jurídico-público, que, como vimos, o sujeita à ordem jurídica estatal; já o cidadão é o nacional capaz de exercer direitos políticos²⁹¹.

Paulo Bonavides insere os direitos políticos nos direitos da primeira geração (liberdade), asseverando que são direitos de oposição ao Estado. Veja-se:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...]

Essa linha ascensional aponta, por conseguinte, para um espaço sempre aberto a novos avanços. A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo do que a empobrecê-lo: os direitos da primeira geração - direitos civis e políticos - já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado²⁹².

Direitos políticos para Pimenta Bueno são:

[...] prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São os *Jus Civitatis*, os direitos

²⁹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. Atlas. São Paulo: 2004, p. 233.

²⁹¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 461.

²⁹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003, p. 563-564.

cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de vontade ou eleitor, o direito de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos e a manifestar suas opiniões sobre o governo local²⁹³.

O exercício da democracia somente se opera com o implemento dos direitos políticos. Assim, o sufrágio²⁹⁴, como a essência dos direitos políticos, somente pode ser efetivado se o próprio cidadão puder proteger seu exercício. O exercício do voto em sua singularidade pode ser entendido como pertencente ao pleito de direito do cidadão, portanto, direito individual. No entanto, o sufrágio universal é direito difuso que pertence a todo interessado difuso, portanto, é indeterminável, devendo ser protegido por todos integrantes da sociedade, não somente pelos legitimados estabelecidos pela Lei Complementar n. 64/90 e jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Sendo direito essencialmente difuso, compete a todos interessados difusos a sua efetivação e proteção.

Há diversas leis infraconstitucionais que protegem os direitos coletivos e difusos, devendo ser lembrado que todas encontram arrimo na Constituição Federal. Assim, com a edição da Lei n. 7.347, de 24 de Julho de 1985 - Ação Civil Pública - restou claro que a tônica seria a proteção dos direitos coletivos. Já no seu inciso IV, art. 1º, foi introduzida uma cláusula geral de proteção "a qualquer outro interesse difuso ou coletivo"²⁹⁵.

Portanto, constatamos a existência dos seguintes direitos coletivos e difusos, enumerados por Gregório Assagra de Almeida: a) defesa da criança e adolescente - art. 227 da CF/88 e Estatuto da Criança e Adolescente - Lei n. 8.069/99; b) Defesa dos portadores de deficiências - Art. 227, §1º, II, CF/88; Lei n. 7.853/89; Lei n. 10.098/2000; c) Defesa das pessoas idosas - Arts. 3º, IV; 7º, XXX, 201, I; 203, I e 230 da CF/88; Lei n. 10.741/2003 e Lei n. 8.842/94; d) Defesa das comunidades indígenas - Arts. 231 e 232, CF/88; Lei n. 6.001/73; e) Defesa dos investidores no mercado de valores imobiliários - Lei n. 7.913/89; f) A defesa das minorias e de grupos vulneráveis – Art. 1º, III, 3º, I, III e IV, 129, III, da CF e art. 1º, IV, da LACP; g) A Função social da propriedade e do contrato como objeto da ação civil pública - Arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, §2º, 183, 184, 129, III, todos da CF; art. 1º, IV,

²⁹³ BUENO, Pimenta. Direito público brasileiro e análise da constituição do império. Rio de Janeiro: Nova Edição, 1958, p. 459.

²⁹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. Atlas. São Paulo: 2004Atlas, p. 234. "O sufrágio "é um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal."

²⁹⁵ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 19.04.2014. "Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). [...]; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990)."

da LACP; art. 421 do CC/02; art. 170, V, da CF e arts. 4º, III, e 46/54 do CDC; h) A defesa da saúde pública - Arts. 196 200 e 129, III, ambos da CF e art. 1º, IV da LACP; i) A defesa da segurança pública - Arts. 5º, caput, 144 e 129, II e III, da CF e art. 1º, IV da LACP; j) A defesa do meio ambiente do trabalho e de outros direitos trabalhistas de dimensão massificada - Arts. 200, VIII, 225, 114 e 129, III, todos da CF e art. 1º, I e IV da LACP. Outros direitos difusos e coletivos são enumerados pelo autor, tais como: a defesa do desporto; o direito de antena ou de liberdade de antena; o direito à educação; o direito ao lazer; o direito ao transporte coletivo; o direito ao trabalho; o direito à moradia; o direito as serviços públicos²⁹⁶.

No entanto, deve-se acrescentar (por não constar na lista do citado autor) à lista acima a proteção e defesa dos direitos políticos, previstos no art. 14 da CF/88, compreendendo o sufrágio universal, voto direto e secreto, o plebiscito e referendo. Há, ainda, o art. 14, §10 da CF e as leis infraconstitucionais que tutelam o exercício do mandato e do exercício do voto sem máculas, a saber: Lei nº 4.737/65 - Código Eleitoral; Lei nº 9.504/97 - Lei das Eleições; Lei nº 9.096/95 - Lei dos Partidos Políticos; Lei Complementar nº 64/90 - Lei de Inelegibilidade; Lei 6.996/92; Lei n 6.091/74.

Por fim, enumeramos os vários direitos coletivos, difusos e individuais protegidos pelo Direito Eleitoral.

6.5.1 Direitos difusos no Direito Eleitoral

6.5.1.1 Quadro 1 - Os direitos difusos

Direitos difusos	Previsão legal
Registro de candidatura ²⁹⁷	Art. 3º da Lei complementar n. 64/90
Cassação de diploma por condutas vedadas	Arts. 73 e 74, Lei n. 9.504/97 - com rito do art. 22, Lei complementar n. 64/97
Cassação de diploma por captação ilícita de sufrágio	Art. 41-A, Lei n. 9.504/97 - com rito do art. 22, Lei complementar n. 64/97
Cassação de diploma por condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos	Art. 30-A Lei n. 9.504/97

²⁹⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 297-298.

²⁹⁷ Não havendo impugnação, incumbe ao Juiz Eleitoral aferir se o candidato apresentou todos os documentos exigidos pela lei e homologar o registro. De toda forma, deve-se dar oportunidade aos interessados difusos para impugnar caso entendam que exista algum óbice para o deferimento do registro do candidato.

Nulidade de diploma em razão de inelegibilidade constitucional e infraconstitucional - previstas na Lei 64/90 e Constituição Federal	Art. 262, Recurso contra expedição de diploma
Declaração de inelegibilidade no Registro de Candidatura	Art. 2º, da Lei Complementar n. 64/90
Cassação de registro ou diploma e declaração de inelegibilidade por uso indevido, 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	Art. 22, inciso XIV, Lei Complementar n. 64/90 - Ação de Investigação Judicial Eleitoral - AIJE
Cassação do mandato eletivo por abuso de poder econômico, fraude e/ou corrupção	Art. 14, §10, Constituição Federal - Ação de impugnação de mandato eletivo - AIME
Cassação de ato de autoridade abusivo ou ilegal que provoque lesão ou ameaça a direito político líquido e certo	Arts. 29, I, e e 35, III do Código Eleitoral c/c Lei n. 12.016/2009 - Mandado de segurança coletivo em defesa de direito líquido e certo
Tutela penal dos crimes eleitorais	Arts. 289 a 364, do Código Eleitoral e aplicação subsidiária do Código de Processo Penal e, ainda, os crimes previstos na Lei n. 9.504/97, Lei Complementar n. 64/90 e Lei 6.091/74
Proteção à liberdade de locomoção	Arts. 29, I, e e 35, III do Código Eleitoral c/c Art. 647 a 667 do Código de Processo Penal - <i>Habeas Corpus</i> - qualquer do povo pode impetrar HC - Legitimidade do cidadão ampla e irrestrita
Impugnações e Reclamações em decorrência das eleições gerais	Art. 30 do Código Eleitoral
Prestações de contas	Art. 30 da Lei n. 9.504/97 – de todos os candidatos
As reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos	Art. 22, inciso I, f, do Código Eleitoral
As impugnações à apuração do resultado geral, proclamação dos eleitos e expedição de diploma na eleição de Presidente e Vice-	Art. 22, inciso I, g, do Código Eleitoral

Presidente da República	
Revisão do eleitorado ²⁹⁸	Art. 71, §4º do Código Eleitoral e art. 92 da Lei n. 9.504/97
Responder, sobre matéria eleitoral, às <i>consultas</i> que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político	Art. 23, inciso XII do Código Eleitoral
Responder, sobre matéria eleitoral, às <i>consultas</i> que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político	Art. 30, inciso VIII, do Código Eleitoral

6.5.2 Direitos coletivos no Direito Eleitoral

6.5.2.1 Quadro 2- Os direitos coletivos *strictu sensu*

Direitos coletivos	Previsão legal
Convenção partidária	Impugnação por filiados à convenção - no período eleitoral - competência da Justiça Eleitoral - Arts. 7ª, 8ª da Lei n. 9.504/97 c/c art. 96 do mesmo diploma. Este último artigo trata de reclamações e representações por seu descumprimento. A jurisprudência do TSE e STJ é pacífica no sentido de que litígios que envolvam convenção partidária devam ser julgados pela Justiça Eleitoral.
Registro de estatuto partidário	Art. 7º, Lei n. 9.096/95
Anotação de alterações de estatuto partidário na Justiça Eleitoral	Art. 10, parágrafo único, Lei n. 9.096/95
Cancelamento do registro civil e do estatuto do partido	Art. 28, Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995
Deferimento e indeferimento de Pedido de registro de Partido Político	Art. 8º, Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995

²⁹⁸ A revisão do eleitorado é realizada pelo Juiz Eleitoral. No entanto, deve ser autorizada pelo Tribunal Regional Eleitoral nos termos do art. 71, §4º do Código Eleitoral. A exclusão sujeita-se a recurso a ser interposto pelo interessado.

Cassação de ato de autoridade abusivo ou ilegal que provoque lesão ou ameaça a direito político líquido e certo do partido ou filiados	Arts. 29, I, e e 35, III do Código Eleitoral c/c Lei n. 12.016/2009 - Mandado de segurança coletivo em defesa de direito líquido e certo
--	--

6.5.3 Direitos individuais no Direito Eleitoral

6.5.3.1 Quadro 3 - Os direitos individuais

Direitos individuais	Previsão legal
Pedido de direito de resposta em razão de exposição de conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social	Representação para pleitear direito de resposta - Art. 58, Lei n. 9.504/97
Propaganda eleitoral	Art. 37 da Lei n. 9.504/97
Pesquisa eleitoral	Art. 33 da Lei n. 9.504/97
Inserções - propaganda partidária fora do período eleitoral	Art. 45, Lei n. 9.096/95
Sanção de perda de tempo de propaganda eleitoral realizada em afronta ao art. 58 da Lei n. 9.504/97, veiculada na televisão, rádio e internet	Art. 58 e seguintes da Lei n. 9.504/97
Declaração de inelegibilidade transitada em julgado nos processo de competência da Justiça Eleitoral	Ação rescisória em se tratando de inelegibilidade - Art. 22, inciso I, j, do Código Eleitoral
Cassação de ato de autoridade que contenha abusividade ou ilegalidade que provoque lesão ou ameaça a direito político líquido e certo	Arts. 29, I, e e 35, III do Código Eleitoral c/c Lei n. 12.016/2009 - Mandado de segurança individual em defesa de direito líquido e certo
Deferimento/indeferimento de alistamento e transferência eleitoral	Arts. 42 a 61, Código Eleitoral com alterações da Lei n. 6.996/1982
Exclusão de eleitor	Art. 71 a 77 do Código Eleitoral

7. LEGITIMAÇÃO ATIVA AD CAUSAM PARA A PROPOSITURA DAS AÇÕES COLETIVAS NA DEFESA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

A legitimidade ativa *ad causam* no sistema jurídico brasileiro decorre de lei. Todavia, alguns autores afirmam que na ausência de lei, pode-se extrair a legitimação ativa do próprio ordenamento jurídico.

Primeiramente, cumpre mencionar a legitimidade está prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, n. XXXV, que dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Na verdade, a lei não poderia limitar a legitimidade dos interessados difusos, mas o faz.

Prosseguindo, o Código de Processo Civil traz a regra no art. 3º que dispõe: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse ou legitimidade”.

A ausência de legitimação no direito brasileiro constitui causa de extinção do processo, a teor do art. 267 do CPC que estabelece:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005).

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

A questão surge quando há necessidade de aferir essa legitimidade no plano concreto. Nesse ponto, não se deve confundir legitimidade com direito de ação, este pressupõe que qualquer pessoa pode provocar o Judiciário para pleitear um direito que se entende ser seu, ou seja, qualquer um pode invocar um direito perante o Judiciário, aquela diz respeito à titularidade de situações jurídicas.

Arruda Alvim, citado por Luiz Manuel Gomes Jr., "afirma, com razão, que, para que se tenha como presente a legitimidade ativa *ad causam*, deverá o interessado apresentar-se, ao menos aparentemente, como o titular do direito material invocado"²⁹⁹.

Luiz Manuel Gomes Jr. afirma que "haverá de possuir uma *aparência* de que o direito invocado lhe beneficiará ou lhe trará alguma vantagem econômica e/ou moral, caso acolhida a sua pretensão"³⁰⁰.

²⁹⁹ ALVIM, Carreira. Tratado de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 1990, vol. 1, p. 330, *apud* GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 72.

Fredie Didier Jr. aduz que: "Há legitimação ordinária quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. [...]. Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio"³⁰¹.

Elio Fazzalari afirma que a legitimação para agir é determinada em função do provimento que se deseja. Por isso, ele entende que a legitimidade somente deve ser apreciada no mérito da ação e não de início como é no sistema jurídico brasileiro. Ele utiliza dois conceitos para definir legitimidade, situação legitimante e situação legitimada. Assim, define a legitimação para agir:

A legitimação para participar de um processo é designada por "legitimação para agir" e, apesar do termo ser empregado geralmente em referência à legitimação das partes, não vislumbramos nenhuma dificuldade de usá-lo também a propósito da legitimação dos órgãos jurisdicionais, a partir do momento em que eles agem ao longo de todo o processo³⁰².

Prossegue o autor:

A legitimação para agir é considerada - na medida da legitimação em geral, como noção da teoria geral - por dois ângulos. Chamamos de "situação legitimante" o ponto de contato da legitimação para agir, ou seja, tirando a metáfora, a situação com base na qual se determina qual é o sujeito que, concretamente, pode e deve cumprir um certo ato; e de "situação legitimada" o poder, ou a faculdade, ou o dever - ou uma série deles - que, por consequência, cabe ao sujeito identificado, vale dizer, corresponde ao conteúdo da legitimação no qual ela consiste. Aqui e agora será discutida a situação legitimante. A situação legitimada será tratada quando (no capítulo VIII) falaremos sobre em que consistem os atos processuais e sobre sua qualificação como lícitos ou obrigatórios.

Ou melhor, a legitimação para agir no processo jurisdicional civil é determinada em função do provimento ao qual ele visa, e que é contemplado por hipótese (independentemente, é obvio, daquilo que será efetivamente o fim do processo, do qual pelo menos uma medida será emanada)³⁰³.

É certo que, como dito, para esse autor, o controle da legitimidade deve ocorrer no procedimento em contraditório³⁰⁴.

³⁰⁰ GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 72. Para esse autor: "[...] a legitimidade somente pode ser analisada frente a um determinado ato - atual ou a ser praticado - pois inexistiria legitimidade incondicionada para qualquer situação fática, ou seja, uma legitimidade *ad causam* ampla e irrestrita".

³⁰¹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 178.

³⁰² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 368.

³⁰³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 369.

³⁰⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 370-380. "b) Na espécie concreta, pode surgir *quaestio* sobre a legitimação de agir de um

Há de se distinguir, nesse passo, legitimidade ativa *ad causam* de legitimidade *ad processum* (capacidade para estar em juízo).

Luiz Manuel Gomes Jr. assevera que: "Para acionar a tutela jurisdicional é necessário que o interessado possua legitimidade." Alega, ainda, que: "Não basta afirmar existir interesse, ou mesmo que o pedido seja juridicamente possível, indispensável mostra-se a caracterização de um *plus* que é a legitimidade processual"³⁰⁵.

Ovídio Batista igualmente distingue ambas e afirma que a legitimidade ativa *ad causam* é "a capacidade para estar em juízo" e a legitimidade *ad processum* é a "capacidade para a prática de atos processuais"³⁰⁶.

7.1 Legitimidade ordinária, extraordinária e substituição processual

Elio Fazzalari faz a seguinte distinção entre a legitimação ordinária e extraordinária:

[...] Já observamos que na impossibilidade de individualizar os destinatários em relação aos chamados "interesses coletivos" ou "difusos", em relação a tais indivíduos não é possível constatar a sua relevância no ordenamento jurídico (nem mesmo com refinados instrumentos interpretativos). Donde a individuação é possível, o destinatário ou os destinatários daquela tutela são obviamente legitimados a agir. Quando, ao invés, a individuação não é possível, pode-se pensar na legitimação extraordinária, isto é, n de sujeitos diversos dos destinatários (sobre a noção de legitimação extraordinária ver §10). Entretanto, nesse plano, acontece que a derrogação do princípio (que exige que participem do processo os destinatários dos

contraditor (ou de mais), duvidando-se - uma das partes ou o juiz - que nem mesmo por hipótese ele seja destinatário da pronúncia requerida. Se, cedo ou tarde, se chegue à declaração de defeito de legitimação para agir (pensa-se hipótese em que tenha sido requerida a condenação de Caio, mas se tenha convencido o juízo da condenação do seu irmão Sempronio), a parte ilegítima (o contraditor espoliado), não poderá - nem contra ele se poderá - posteriormente dizer e contradizer, mas aquilo que nesse meio tempo ele tenha feito (e em relação a ele tenha sido feito) não fica contaminado pela ilegitimidade; ficará somente inutilizado o que não diz respeito à *quaestio* da legitimação temporária do contraditor que depois dela é espoliado - legitimação dependente daquilo que lhe foi tirado no processo - não é incompatível com a regra segundo a qual é legitimado o destinatário do provimento, como apontado *ab initio*, mas ao contrário, é dela conseqüência: o controle da legitimação para agir, isto é, a aplicação de tal regra, não pode desenvolver-se *in primis* senão no processo em curso e no contraditório daqueles que dele participam."

³⁰⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 71.

³⁰⁶ SILVA, Ovídio Araújo Batista de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Volume 1, 6ª ed., rev. e atual. com as Leis 10.352, 10358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 241. "Distingue-se, assim, da capacidade de ser parte de uma determinada relação litigiosa (*legitimatío ad causam*) a capacidade para estar em juízo, ou legitimação processual (*legitimatío ad processum*), que é a capacidade para prática de atos processuais, ou para tomar ciência de atos processuais. Os menores podem ser partes numa determinada controvérsia que lhes diga respeito e, neste caso, terão *legitimatío ad causam*, porém somente através de seus representantes podem estar em juízo, o que significa dizer que a *legitimatío ad processum* a estes corresponde, e não a seus representados. Os maiores de 16 e menores de 21anos têm capacidade para estar em juízo apenas parcial e limitada, uma vez que haverão de ser assistidos por seus representantes legais."

efeitos do provimento requerido) e a legitimação extraordinária estão previstos em lei, e não dispostos ao intérprete.³⁰⁷

Fredie Didier Jr. afirma que "a principal classificação da legitimação ad causam é a que a divide em legitimação ordinária e legitimação extraordinária. Trata-se de classificação que se baseia na relação entre o legitimado e o objeto litigioso do processo"³⁰⁸.

Cumprido mencionar o que dispõe o art. 6º do CPC: "Ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei". Não se pode olvidar que a regra geral é a legitimidade ordinária, ou seja, a coincidência "das figuras das partes com os polos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial"³⁰⁹.

O mesmo artigo 6º prevê a legitimação extraordinária ao preceituar que lei poderá autorizar outros sujeitos a pleitear direito alheio em juízo. Assim, o legitimado extraordinário defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito, ocupando, pois/portanto, a posição de parte no processo.

Prosseguindo, Fredie Didier aduz que o legitimado extraordinário pode "conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo". Divide-se em exclusiva, concorrente, isolada e conjunta³¹⁰.

- a) Legitimidade extraordinária exclusiva: Ocorre "quando o contraditório for formando exclusivamente com a presença de um determinado sujeito de direito".
- b) Legitimidade extraordinária concorrente ou colegitimação: Ocorre "quando mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo determinada situação jurídica".
- c) Legitimidade isolada ou simples: Ocorre "quando o legitimado puder estar no processo sozinho;
- d) Legitimidade conjunta ou complexa: Ocorre "quando houver necessidade de formação de litisconsórcio." Nesse caso, segundo o autor, essa modalidade de legitimidade é passiva, pois não existe litisconsórcio necessário ativo³¹¹.

³⁰⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 371.

³⁰⁸ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 178.

³⁰⁹ ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 117, apud DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 178.

³¹⁰ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 179.

José Carlos Barbosa Moreira, citado por Luiz Manuel Gomes Jr., classifica a legitimação extraordinária em: 1) autônoma; 2) autônoma exclusiva; 3) autônoma concorrente primária; 4) autônoma concorrente subsidiária; 5) subordinada³¹².

Outra questão que exsurge da análise da legitimidade extraordinária é a substituição processual. Fredie Didier Jr. afirma que na substituição processual, "não há troca de sujeitos; na verdade, não há qualquer alteração da relação processual. Ocorre que um sujeito tem o poder (legitimidade) de estar legitimamente em um processo defendendo interesse de outrem".³¹³ O autor afirma, inclusive, que parte da doutrina entende que legitimidade extraordinária e substituição processual são expressões sinônimas³¹⁴.

Fazzalari, em sentido contrário, aduz que "somente em sentido impróprio se pode falar de "substituição processual" como sinônimo da legitimação extraordinária: no sentido de que seu titular pode realizar atividades processuais no lugar do destinatário dos efeitos - pois ele é "parte" -, independentemente da sua linha de conduta"³¹⁵.

Para Luiz Manuel Gomes Jr. "o que se verifica, como norma geral do sistema, é a atuação individual e pessoal de cada "legitimado" na defesa daquilo que considera como seu direito. No entanto, em determinadas situações é possível atuar, em nome próprio, na defesa de interesses de terceiros, por meio, inclusive, de substituição processual."³¹⁶ Luiz Manuel Gomes Júnior, *et al*, afirma, ainda, que:

³¹¹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 310. "O litisconsórcio necessário pode surgir de duas situações, conforme já visto: a) se for unitário; b) se a lei expressamente impuser (art. 47 do CPC). Não há hipótese de litisconsórcio necessário ativo por força de lei - a hipótese do §2º do art. 114 da CF/88 será examinada logo abaixo. Assim, toda a discussão sobre a obrigatoriedade do litisconsórcio ativo restringe-se aos casos de litisconsórcio unitário".

³¹² MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária*. São Paulo: RT, São Paulo, 1989, vol. 404, p. 9-18), *apud* GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 78. "A legitimação extraordinária é classificada por BARBOSA MOREIRA em: 1. *autônoma*: o legitimado extraordinário atua em juízo com total independência em relação àquele que seria ordinariamente legitimado e em posição análoga à que este ocuparia. Subdivide-se em: 1.1. *exclusiva*: exclui da figuração de parte principal o legitimado ordinário; 1.2. *concorrente*: não exclui a legitimação ordinária do legitimado, mas concorre com ele. Subdivide-se em: 1.2.1. *primária*: qualquer dos legitimados extraordinários pode agir independentemente da ação do outro; 1.2.2. *subsidiária*: o legitimado extraordinário só pode agir na omissão do legitimado ordinário; 2. *subordinada*: o legitimado extraordinário só pode agir se o legitimado ordinário o fizer".

³¹³ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 183.

³¹⁴ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 180.

³¹⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 402.

³¹⁶ GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 74.

São, na posição do referido autor, os pontos que caracterizam a substituição processual: a) ausência do titular do dinheiro material na condição de parte; b) que haja a atuação do substituto como parte, seja como autor, seja como réu (não haveria assim substituição processual no caso de assistência) e; c) autorização legal para substituição³¹⁷.

7.2 Natureza jurídica da legitimidade nas ações coletivas

Muito se tem discutido na doutrina acerca de qual seria o tipo de legitimação que autoriza os entes legitimados nas ações coletivas. A questão não é pacífica. Alguns autores defendem que há legitimação ordinária; outros, que há legitimação extraordinária ou substituição processual.

Ricardo de Barros Leonel entende que a natureza jurídica da legitimação coletiva é a *legitimação autônoma* para a condução do processo e afirma que esta não se confunde com a legitimação ordinária ou extraordinária, em se tratando de interesses difusos e coletivos. Todavia, no caso dos interesses individuais homogêneos, há substituição processual, legitimidade extraordinária. Assevera que o processo ortodoxo não consegue explicar as várias nuances do processo coletivo.³¹⁸

Gregório Assagra de Almeida pontua que tanto a legitimação autônoma para a condução do processo quanto a legitimidade extraordinária foram recepcionadas pela Constituição Federal e que, no caso dos interesses individuais homogêneos, a legitimação seria autônoma para a condução do processo³¹⁹.

Hugo Nigro Mazzilli reconhece a legitimidade extraordinária como preponderante nas ações coletivas, embora afirme que os legitimados coletivos tenham interesse próprio na solução da lide. Diz que uma associação civil que defende interesses transindividuais, também

³¹⁷ GOMES JÚNIOR, Luiz Manuel; Miriam Fecchio Chueiri. *Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas ações coletivas*. Revista de Processo. vol. 221, p. 464. São Paulo: Ed. RT, maio, 2013.

³¹⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 3ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 158. "A legitimação autônoma não se confunde com a ordinária ou com a extraordinária. Parte de premissas distintas, e da peculiaridade de defesa em juízo de interesses que são, por natureza, indivisíveis e inerentes conjuntamente a toda uma coletividade, composta por membros indeterminados (na hipótese dos difusos) e eventualmente determináveis (na hipótese dos coletivos).

³¹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 136. "No plano deste último aspecto, já sustentamos posicionamento diferente, aduzindo que a legitimidade ativa no caso dos interesses ou direitos individuais homogêneos também seria uma forma de legitimação autônoma para a condução do processo, pois não tem o legitimado ativo que identificar de forma individualizada os respectivos titulares para o ajuizamento de ação coletiva para a tutela dos direitos individuais homogêneos. Basta que haja a afirmação de direitos ou interesses individuais homogêneos que, por exemplo, estaria legitimado o Ministério Público para sua defesa *ex vi legis*. O que se confirma quando a tutela for, na espécie, condenatória, visto que, até que haja a habilitação das vítimas ou sucessores para a liquidação e execução da sentença condenatória genérica do art. 95 do CDC, a demanda em questão é, sob o prisma processual, coletiva e a afirmação de direitos individuais homogêneos nela sustentada é indivisível. Até então o que se objetiva é que seja prolatado comando sentencial de conteúdo condenatório genérico; a divisibilidade só ocorre, em regra, posteriormente, com a habilitação dos interessados."

o faz em relação ao seu objeto estatutário. Contudo, o que predomina é a "defesa de cada integrante do grupo lesado"³²⁰.

Por sua vez, Teori Albino Zavascki não faz distinção entre substituição processual e legitimidade extraordinária e afirma que a legitimação coletiva é realizada por substituição processual e explica:

Os direitos e interesses difusos e coletivos se caracterizam por não terem titular determinado, por serem transindividuais. Seu conteúdo é formado por bens ou valores jurídicos de relevante interesse geral, mas que não têm "dono certo", na expressão de Caio Tácito. Segundo definição da Lei 8.078/90, são direitos e interesses "transindividuais, de natureza indivisível", pertencentes a pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato, ou a grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica básica (art. 81, parágrafo único, I e II). O que se quer realçar é que, em todas as hipóteses de promoção de ação civil, seja na defesa do patrimônio público ou social, seja, ainda, na defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos, o Ministério Público estará sempre defendendo não um direito próprio, mas sim um direito alheio. Direito, ou de toda a comunidade, ou de pessoas indeterminadas, ou determinadas por classes, categorias ou grupos. Trata-se, portanto, de legitimação extraordinária, para a qual se exige habilitação legal específica, a teor do art. 6º do CPC. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de que não é titular assume, no processo, a condição de substituto processual. Assim, o Ministério Público, autor da ação civil pública, é substituto processual³²¹.

Mister se faz trazer a lume algumas ilações feitas por Rodolfo de Camargo Mancuso em seu livro "Interesses difusos", que reconhece, sem concluir por uma ou outra, natureza dúplice da legitimação na ação coletiva, ordinária e extraordinária³²².

³²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 349-350.

³²¹ ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 138.

³²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed., rev., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 270-271. "Como se qualificaria uma tal *legitimatío ad causam*? Se nos ativermos à concepção rigidamente individualística do processo civil, e assim interpretarmos o art. 6º do CPC, concluiremos, por certo, que não se trata de legitimação ordinária, visto que, cuidando-se de interesses difusos, há uma pluralidade indefinida de sujeitos que, em princípio, são ou podem ser afetados por aqueles interesses. Como não é possível que todos esses sujeitos estejam presentes na lide ou nela se façam representar em modo consistente, chegar-se-ia à conclusão de que o texto em questão abriga uma forma anômala ou extraordinária de legitimação, ou ainda um caso de substituição processual. Ocorre que, observando-se mais atentamente a espécie, constata-se que, a se admitir uma tal qualificação, tornar-se-ia necessário acrescentar que se trata de legitimação anômala de tipo misto, porque as entidades nominadas no texto em questão exerceriam legitimação ordinária (na "parte" em que são portadoras de um "interesse próprio") e legitimação extraordinária (na "parte" em que agiriam como representantes ou substitutos dos demais sujeitos concernentes ao interesse metaindividual judicializado). Essa qualificação, para além das dificuldades que normalmente exsurgem da legitimação anômala ou da substituição processual, teria ainda o gravame de ser bifronte: ordinária e extraordinária, conforme o "ângulo de visão", ou seja, conforme se tratasse dos interesses aglutinados na entidade autora ou dos interesses dos terceiros a ela não aderentes. Ora, já na legitimação para a ação popular - instrumento idôneo para a tutela judicial de interesses metaindividuais - José Afonso da Silva demonstrou, superiormente, que o autor não é substituto, nem representante, mas age por direito próprio."

Por fim, é uma tarefa difícil identificar perante o ordenamento jurídico brasileiro, mormente ao se interpretar o art. 3º e 6º do CPC, a natureza da legitimação ativa *ad causam* em razão da essência dos interesses transindividuais a serem considerados.

Sem dúvida, com relação aos interesses individuais homogêneos, a questão não se mostra tão árdua, uma vez que estes se caracterizam por sua divisibilidade. Pode-se considerá-los como vários direitos individuais que merecem do legislador um só tratamento jurídico. Nesse caso, segundo alguns autores³²³, trata-se de legitimação extraordinária, pois o legitimado postula em nome próprio direito alheio.

Todavia, no caso dos interesses difusos e coletivos, a questão se torna mais complexa, tanto mais porque nos primeiros inexistente titular determinado ou determinável, nos segundos, embora haja titulares determinados ou determináveis, são indivisíveis. Portanto, prosseguem as polêmicas em torno de qual qualificação seria adequada em se tratando de legitimidade ativa nas ações coletivas.

7.3 Legitimados ativos previstos na legislação eleitoral para propositura das ações coletivas eleitorais

Primeiramente, impende asseverar que, no ordenamento jurídico, a legitimidade na tutela coletiva está prevista na Constituição da República e nas seguintes leis: 1) art. 5º da Lei n. 7.347/85; 2) art. 82 do CDC; art. 17 da Lei 8429/92; 3) art. 1º da Lei 4.717/65 (ação popular); 4) art. 210, ECA. Há outras leis tais como o Estatuto do Idoso, etc., em se tratando de bens jurídicos tutelados por essas leis.

Assim, a legitimação ativa é conferida a entes públicos, privados, despersonalizados e ao cidadão, a saber: 1) Administração pública direta (União, Estados, DF e municípios); 2) Órgãos legislativos (Câmara Federal, Senado, Câmaras Municipais, Assembleias, Câmara Distrital); 3) Administração pública indireta; 4) Ordem dos advogados do Brasil; 5) Partidos políticos; 6) Sindicatos; 7) Entes despersonalizados para defesa de direitos coletivos (ex.: Procons); 8) Defensoria Pública; 9) Cidadão na ação popular.

Diferentemente, a legitimação ativa *ad causam*, no Direito Eleitoral, é conferida apenas ao Ministério Público Eleitoral, Partido Político, Coligação e Candidato, sendo afastada a atuação de qualquer outro interessado difuso.

³²³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

A norma eleitoral que contém dispositivo prevendo a legitimação ativa para as ações eleitorais é a Lei Complementar n. 64/90. Dispõem os artigos 3º e 22:

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

Tem-se, ainda, o art. 96 da Lei n. 9.504/97 que limita a legitimidade ativa ao candidato, ao partido político e à coligação: "Salvo disposições específicas em contrário desta Lei, as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser feitas por qualquer partido político, coligação ou candidato, e devem dirigir-se: [...]".

A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral estendeu essa legitimação ativa para a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - art. 14, §10 da CF/88. Deve ser lembrado que o Ministério Público tem legitimidade ativa para propor todas as ações coletivas no âmbito eleitoral.

De fato, a legitimação para agir é dada pela lei em nosso sistema jurídico e, inclusive, no Italiano. Todavia, a Constituição Federal de 1988, parece-nos, não fez essa limitação. Mesmo assim é ponto bastante discutido na doutrina e jurisprudência.

No entanto, Vigoriti *apud* Natália Guimarães Chernicharo afirma que:

O problema da legitimação para agir é acima de tudo uma questão de escolha de política legislativa e, portanto, um problema técnico, por isso, dificilmente, há a preocupação de se indagar sobre os fundamentos dos atuais critérios de determinação dos sujeitos legitimados, definindo-se a relatividade como a solução acolhida no nosso ordenamento³²⁴.

Igualmente, Juliana Maria Matos Ferreira pontua que:

Partindo da linha de pesquisa objetivista rejeitada por Vigoriti, Vicente de Paula Maciel Júnior, estabelece que para construção da estrutura procedimental com fundamentos na processualidade democrática, a definição dos direitos difusos deverá

³²⁴ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 66, *apud* GUIMARÃES. Natália Chernicharo. *A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2010, p. 91.

feita a partir do bem envolvido, sendo os legitimados para a demanda coletiva todos aqueles que direta ou indiretamente seriam afetados pela situação jurídica que atinge o determinado bem.

Para o jurista italiano, a explicação do fenômeno coletivo deverá ser feita a partir do entendimento da existência de uma renúncia por parte dos legitimados naturais em face de suas vontades individuais, para que em seu lugar surja uma vontade coletiva e única que terá como consequência a atribuição da legitimação para agir a um ente que irá exercer a representação de todos os interessados, vinculando a todos³²⁵.

Portanto, a pergunta que se deve fazer é se as leis infraconstitucionais podem limitar direitos fundamentais, tal como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que o acesso à Justiça é da essência de toda democracia.

Vicente de Paula Maciel Júnior, citando Vigoriti ao tratar dos vários legitimados na ação coletiva, aduz que:

Segundo Vigoriti, essa diversidade ocorre quando vem deduzida em juízo uma situação de vantagem de tipo coletivo, mas presença de todos os indivíduos titulares das posições substanciais entre elas correlatas não é condição necessária para a justiça e eficácia da decisão que lhe diz respeito. Nesses casos, de fato, importa que as razões sejam feitas valer por quem está em grau de cumprir o trabalho de maneira adequada em relação aos interesses de todos, para quem deve julgar absolutamente natural que os legitimados a agir em juízo possam ser também somente alguns dos muitos titulares dos interesses entre eles correlatos de maneira coletiva. A rigorosa correlação entre a titularidade da situação de vantagem e a legitimação a deduzi-la em juízo assume um conteúdo diverso nas situações coletivas, para as quais a automática correlação não só não é aqui necessária, mas corre o risco de ser contraproducente³²⁶.

Tal questão mereceu a seguinte reflexão de Rodolfo de Camargo Mancuso, pelo menos no que tange ao direito difuso:

Tratando-se de interesses difusos, o ideal seria – por uma questão de simetria – que a legitimação fosse também difusa, isto é, aberta a todos os interessados. O instrumento processual hábil seria a vetusta *actio popularis*, radicada no direito romano, através da qual, os cidadãos – cuivis de populo – participavam da res publica, englobando o erário, a ordem pública, a família, a gens e os valores morais e religiosos – as *rei sacrae* da comunidade³²⁷.

³²⁵ FERREIRA, Juliana Maria Matos. *O modelo participativo de processo coletivo: as ações coletivas como ações temáticas*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Junior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2009, p. 174.

³²⁶ VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 101-102, *apud* MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 150.

³²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed., rev., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 193.

7.3.1 O Ministério Público

A legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação coletiva está prevista na CR/88 e em leis infraconstitucionais, a saber:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses sociais** e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

A legitimidade do Ministério Público Eleitoral para defender o exercício dos direitos políticos advém da própria Constituição Federal, como se verifica.

No plano infraconstitucional, como dito, sua legitimidade ativa está elencada nos seguintes diplomas legais: Lei n. 64/90, Lei n. 9.504/97 e no Código Eleitoral³²⁸.

O Ministério Público, sem dúvida, tem legitimidade ampla em todos os ramos do direito brasileiro, em razão de a Constituição atribuir-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Inexiste discussão quanto à legitimidade do Ministério Público para defender os direitos coletivos e difusos, pois há previsão expressa no art. 129, inciso III da CR/88.

³²⁸BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014. Art. 24. Compete ao Procurador Geral, como Chefe do Ministério Público Eleitoral; I - assistir às sessões do Tribunal Superior e tomar parte nas discussões; II - exercer a ação pública e promovê-la até final, em todos os feitos de competência originária do Tribunal; III - officiar em todos os recursos encaminhados ao Tribunal; IV - manifestar-se, por escrito ou oralmente, em todos os assuntos submetidos à deliberação do Tribunal, quando solicitada sua audiência por qualquer dos juizes, ou por iniciativa sua, se entender necessário; V - defender a jurisdição do Tribunal; VI - representar ao Tribunal sobre a fiel observância das leis eleitorais, especialmente quanto à sua aplicação uniforme em todo o País; VII - requisitar diligências, certidões e esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições; VIII - expedir instruções aos órgãos do Ministério Público junto aos Tribunais Regionais; IX - acompanhar, quando solicitado, o Corregedor Geral, pessoalmente ou por intermédio de Procurador que designe, nas diligências a serem realizadas.

Art. 27. Servirá como Procurador Regional junto a cada Tribunal Regional Eleitoral o Procurador da República no respectivo Estado e, onde houver mais de um, aquele que for designado pelo Procurador Geral da República. § 1º No Distrito Federal, serão as funções de Procurador Regional Eleitoral exercidas pelo Procurador Geral da Justiça do Distrito Federal. § 2º Substituirá o Procurador Regional, em suas faltas ou impedimentos, o seu substituto legal. § 3º Compete aos Procuradores Regionais exercer, perante os Tribunais junto aos quais servirem, as atribuições do Procurador Geral. § 4º Mediante prévia autorização do Procurador Geral, podendo os Procuradores Regionais requisitar, para auxiliá-los nas suas funções, membros do Ministério Público local, não tendo estes, porém, assento nas sessões do Tribunal.

Todavia, quando se trata de direitos individuais homogêneos, previstos no art. 81, inciso III do CDC, surgem alguns questionamentos.

Dispõe o citado inciso do art. 81:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

[...]

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Há autores que defendem o termo “interesses sociais”, utilizado no art. 127, da CR/88, uma vez que abrange direitos individuais homogêneos. Lembre-se de que este termo foi cunhado, após a Constituição da República, mais precisamente pelo Código do Consumidor - CDC, sendo certo que a Constituição não traz conceitos técnicos, como afirma o Luiz Manuel Gomes Jr.:

De qualquer modo, inexistente incompatibilidade entre as funções institucionais previstas na Constituição Federal para o Ministério Público e a defesa dos direitos individuais homogêneos.

Na exegese dos textos constitucionais, dois aspectos deve ser objeto de detida análise:

- a) a Constituição é uma norma escrita para a população em geral, portanto sem preocupação com conceitos técnicos e;
- b) deve-se, na medida do possível, ampliar sempre os efeitos dos seus preceitos³²⁹.

Portanto, legítima é a atuação do Ministério Público Eleitoral no Direito Eleitoral, pois tem atribuição precípua de proteger a democracia e exercer a fiscalização das eleições. O Ministério Público Eleitoral é apenas uma instituição à qual foi conferido o direito de proteção da sociedade, mas não pode ser a única. Indubitavelmente, é um verdadeiro legitimado extraordinário, pois atua em nome de toda a coletividade.

Todavia, vale citar o alerta de Mauro Cappelletti quando afirma que não se pode deixar somente para os governantes a defesa dos direitos difusos:

³²⁹ GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. Curso de direito processual civil coletivo. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 89.

Assim, conquanto como regra, a proteção privada de interesses difusos exija ação de grupo, é difícil assegurar que tal ação coordenada tenha lugar, se o próprio governo falha, como no exemplo acima, em sua ação em favor do grupo. Uma posição tradicional e ainda prevalecente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina governamental para proteger os interesses públicos e dos grupos. Pesquisa comparativa recente, no entanto, demonstrou o quanto é inadequado confiar apenas no Estado para a proteção dos interesses difusos (38). É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental³³⁰.

Em termos de Direitos Políticos, toda sociedade, todos os cidadãos devem ser chamados para participar do "processo eleitoral", não somente para votar, mas também para fiscalizá-lo e controlá-lo³³¹.

7.3.2 Os Partidos Políticos

Os Partidos Políticos também são uma espécie de associação, embora tenham atuação bem mais ampla que as associações em geral.

A Constituição Federal prevê sua legitimidade no art. 5º, inciso LXX:

Art. 5º [...]

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

[...]

Ademais, a previsão de sua atuação está estampada na Lei Complementar n. 64/90, Lei n. 9.504/97, Lei n. 9.096/95 e, naturalmente, no Código Eleitoral.

Assim, os Partidos Políticos têm natureza de associações e tutelam direitos individuais de seus filiados. Portanto, podem ajuizar ação coletiva. Além disso, segundo o teor do art. 1º da Lei n. 9.096/95, até direitos difusos. Vejamos:

³³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 27-28.

³³¹ LOBO, Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 130. "[...] se for atingido o direito político, logicamente será afetado o interesse do eleitor e de toda coletividade. Desse modo, tanto o cidadão como as entidades variadas envolvidas nos pleitos são legitimados para o manejo das ações que visam syndicar a corrupção eleitoral, o abuso de poder econômico, a propaganda abusiva, porquanto condutas desnaturadoras da liberdade de voto, da legitimidade e do equilíbrio."

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

Luiz Manoel entende que não existe pertinência temática para o Partido e ele pode atuar na defesa de qualquer tipo de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, ainda que na defesa de não filiados³³².

A questão é saber se, realmente, no Direito Eleitoral, os Partidos Políticos atuam em nome próprio ou são legitimados extraordinários, na defesa de direitos de toda a coletividade. Roberta Maia Gresta, *et al*, ao analisar a questão, assinala que a legitimidade para defesa dos ideários previstos no art. 1º da Lei n. 9.096/95 não seria necessariamente vocação dos partidos políticos, a ver:

Pelo que até agora se expôs, rejeita-se que esse critério possa ser extraído da redação do art. 1º da Lei n. 9.096/95. Os partidos políticos não se destinam a assegurar a autenticidade do sistema representativo e a defender direitos fundamentais, mas são eles, antes, fruto de uma ordem jurídica que assuma, para si, tais objetivos. Ou seja, a existência livre de partidos políticos pressupõe um sistema representativo autêntico e liberdades públicas consistentes. Daí não ser adequado concluir que a legitimação para agir seja outorgada aos partidos políticos para cumprimento das "funções" assinaladas no artigo legal citado.

O fundamento adequado encontra-se na Constituição. A CRFB/1988, ao elencar as liberdades públicas de opinião, associação e reunião, adotar o pluralismo político expressamente como fundamento do Estado e estabelecer a livre criação de partidos políticos (BRASIL, 1988, arts. 1º; 5º, IV, XVI e XVII e 17), instaura um sistema que respalda, suficientemente, a atividade partidária como o que ela é em sua essência: organização para a disputa de poder e participação popular nas decisões políticas. Uma ordem jurídica que se autoproclama democrática e plural acolhe a divergência de pensamento político e sua canalização em grupos organizados como inerentes à vivência social e, em lugar de cooptar tais grupos, deve favorecer que sua atuação se dê de modo autêntico³³³.

Prosseguem os autores afirmando que a legitimidade dos partidos políticos se assenta em duas bases para atuar no processo judicial eleitoral: “1) perante a Justiça Eleitoral, o partido político defende seu projeto particular de conquista do Poder; 2) perante seus filiados, esse projeto é resultante de um processo democrático de formação da vontade coletiva”³³⁴.

³³² GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 124-125.

³³³ GRESTA, Roberta Maia, Lara Marina Ferreira e Mariana Sousa Bracarense. Coletânea de artigos jurídicos Nap 2011. Igor Alves Noberto Soares, *et al*, (organizadores). *Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral*. 1ª edição. Curitiba, PR: CRV, 2012, p. 231.

³³⁴ GRESTA, Roberta Maia, Lara Marina Ferreira e Mariana Sousa Bracarense. Coletânea de artigos jurídicos Nap 2011. Igor Alves Noberto Soares, *et al*, (organizadores). *Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral*. 1ª edição. Curitiba, PR: CRV, 2012, p. 232.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar improcedente a ADI 3999-7/DF de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, ajuizada contra a Resolução n. 22.610/2007, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral, entendeu que o Partido Político pode reivindicar o mandato do parlamentar infiel. O Relator reconhece que há ausência de legitimidade do Partido Político para atuar em nome da coletividade. Nas palavras do Ministro:

Por ocasião do julgamento do MS 26.602, do MS 26.603 e do MS 26.604, externei minha preocupação quanto à subtração do eleitorado – o povo – do debate relativo ao direito que assistiria aos partidos políticos de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, na hipótese de se configurar a desobediência, por parte do mandatário eleito, ao princípio da fidelidade ao partido pelo qual se elegeu.

Não obstante a circunstância de os partidos políticos representarem instituição importantíssima, incontornável, das democracias modernas, é inequívoco que o poder político deriva do povo, que é seu titular absoluto. Sobrepor o partido político, como entidade de arregimentação exclusiva da vontade popular em matéria política, à intenção do eleitor, individualmente considerado, implica, a meu sentir, em ruptura do sistema que toma como premissa a legitimidade e a soberania do eleitor. Entendo que as organizações partidárias não substituem o eleitor como centro de referência do sistema político.

Aliás, nesse sentido, relembro que estas foram minhas palavras por ocasião do julgamento dos *leading cases*:

“Aliás, Senhora Presidente, permita-me abrir aqui um parêntese, é que eu me pergunto se essa apregoada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade da sociedade moderna em que vivemos, sociedade de massas, conectada planetariamente, com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais. Tenho minhas dúvidas, e nesse sentido, lembro do papel crescentemente importante desempenhado nos dias atuais por organizações tais como as organizações não governamentais. Tive o privilégio de assistir nos Estados Unidos da América há cerca de sete ou oito anos o papel decisivo que uma organização espontânea, que surgiu durante o processo de impeachment de um presidente daquele país, teve no desfecho do processo de impeachment. O nome da organização era “Move on”. Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária. [...] Em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-o irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos”³³⁵.

O mesmo raciocínio para as associações serve para os partidos, que são associações. Portanto, nesse sentido, Vicente de Paula Maciel Júnior afirma que as “associações”, quando estão exercendo a tutela de direitos coletivos, não podem defender direitos difusos, pois, em se tratando dos direitos difusos, há várias posições entre os interessados³³⁶.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3999-7/Distrito Federal*. Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. [Http://www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 20 de abril de 2014.

³³⁶ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 149. “A associação, quando esteja exercendo a defesa de direitos coletivos, não pode ao mesmo tempo pretender a tutela de direitos difusos. Os direitos difusos além de indeterminados quando ao aspecto subjetivo, pressupõem a possibilidade de diversidade de posições entre os interessados, havendo uma maior tolerância em face das diferentes posturas, porquanto abrangem um universo infinitamente maior de

Daí, pode-se afirmar que o Partido Político, em juízo, como substituto processual, promove a defesa dos próprios direitos dos filiados, principalmente do candidato, no ano das eleições em razão da própria situação jurídica existente entre este e aquele e, por força, da legislação eleitoral que lhe confere a condição de substituto processual (art. 6º do CPC).

Frisa-se que na coletividade, os cidadãos não são defendidos pelos Partidos Políticos, pois, perante a Justiça Eleitoral, estes defendem, por meio das ações coletivas eleitorais ou individuais, os seus filiados e os candidatos escolhidos por eles em convenção partidária.

Na fase do registro de candidatura (art. 2º e ss, da LC n. 64/90 e art. 10 e ss, da Lei n. 9.504/97), os partidos políticos atuam em nome próprio ou em nome dos candidatos para requerer registro de candidatura e/ou para impugnar registro de candidatura.

Quando impugnam registro, diploma ou mandato por prática de ilícitos eleitorais (abuso de poder econômico, político, uso indevido de meios de comunicação, condutas vedadas, captação ilícita de sufrágio, arrecadação e gasto ilícitos), os partidos políticos atuam para preservar o mandato do candidato que está sendo acusado de prática de conduta ilícita, pois ambos têm interesse em mantê-lo com o Partido pelo qual foi eleito.

Portanto, trata-se de substituição processual, prevista no art. 3º do CPC. Nota-se, portanto, que a legitimidade dos Partidos Políticos é concorrente com a do candidato - Arts. 3º da LC n. 64/90 e 96 da Le n. 9.504/97.

7.3.3 Os Candidatos

Não há dúvidas de que os candidatos atuam sempre em interesse próprio, protegendo seus direitos, pois inexistem normas que disponham acerca da possibilidade de que eles possam atuar no processo coletivo como legitimados extraordinários. Da mesma forma, sua legitimidade para defender seus interesses perante a Justiça Eleitoral encontra-se assentada nos arts. 3º, LC n. 64/90 e 96, Lei n. 9.504/97. Sem dúvida, o candidato tem legitimidade para requerer seu próprio registro de candidatura quando inerte o Partido Político para tal, segundo o art. 11, §4º, Lei n. 9.504/97.

peças. Já os direitos coletivos tendem à eliminação organizada da concorrência para o fortalecimento do grupo e do seu poder de pressão. Por existir a possibilidade de confrontação de direitos coletivos e difusos, que são categorias reconhecidamente diferentes, a associação, quando no exercício da tutela coletividade, não pode ao mesmo tempo arvorar-se da posição de defensora dos interessados difusos, sob pena de anular as diversidades latentes e necessárias que caracterizam a fluidez dos direitos dos diversos interessados difusos. A associação, por estar envolvida e direcionada à defesa de interessados pertencentes à determinada categoria ou grupo, encontrar-se-á propensa a interpretar como legítimo para toda a sociedade o interesse coletivo que defende. A sua ótica será particularizada e restrita à categoria que pretende e deve proteger.”

No caso de serem demandados por prática de ato abusivo, econômico ou político; conduta vedada, captação ilícita de sufrágio e/ou arrecadação e gastos ilícitos, os partidos políticos são obrigados a se defenderem diretamente e constituírem advogado para tanto, e, ainda, podem atuar como assistentes litisconsorciais.

7.3.4 As Coligações - entes despersonalizados

Os entes despersonalizados também foram contemplados para defenderem por intermédio da ação coletiva, direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

A legitimidade desses entes está prevista no art. 82, inciso III, do Código do Consumidor – CDC, conforme o disposto: "III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código"³³⁷.

Os entes despersonalizados previstos no CDC têm natureza jurídica de direito público e têm/possuem finalidade específica para atuar na defesa dos direitos protegidos pelo Código do Consumidor.

Igualmente, no Direito Eleitoral, as Coligações têm natureza jurídica de direito privado, sem personalidade jurídica, mas como personalidade judiciária³³⁸, possuem legitimidade ativa ampla para defender os candidatos dos partidos que a integram. As Coligações se constituem de uma congregação de Partidos Políticos para atuarem em um só nome nas eleições, ou seja, após compor uma Coligação, o Partido Político delega à Coligação atuar em seu nome em todos os atos que se referem às eleições. Trata-se de verdadeira representação³³⁹.

³³⁷BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, *que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso 19 de abril de 2014.

³³⁸ GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. Curso de direito processual civil coletivo. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 133. "A personalidade jurídica traduz-se em ficção legal, de modo a dotar determinada coletividade de pessoas, em regra, da possibilidade de atura e praticar atos jurídicos, recebendo tratamento diferenciado da de seus membros individualmente considerados. Já a personalidade judiciária permite a determinado ente, que não possui personalidade jurídica (espólio, herança jacente, órgãos legislativos, sociedade de fato, condomínios) postularem em juízo para a defesa de seus interesses ou prerrogativas."

³³⁹ BRASIL. Lei n. 9.504/1997, acrescentada pela Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, que estabelece normas para eleições. Manual de Legislação Eleitoral. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17.04.2014. "Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário. § 1º A coligação terá denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.

As coligações - concorrentemente como os Partidos Políticos, são partes legítimas para ajuizar ações previstas na legislação eleitoral, mesmo após a realização da eleição, uma vez que elas foram constituídas para atuar em defesa dos Partidos Políticos em razão de qualquer ato praticado nas eleições. Assim, considerando que esses atos podem ter repercussão jurídica após as eleições, o TSE tem julgado legítima a atuação das Coligações após a diplomação dos eleitos³⁴⁰.

As Coligações também podem sofrer a sanção, porventura, aplicada aos candidatos. Nesse caso, apenas a sanção de multa pode ser imposta à Coligação, pois a cassação de registro/diploma ou mandato recai sobre a chapa constituída para concorrer às eleições. A responsabilidade eleitoral das Coligações reside no fato de que elas teriam certo domínio da conduta dos candidatos que praticam conduta ilícita, conforme jurisprudência do TSE³⁴¹.

§ 1º-A. A denominação da coligação não poderá coincidir, incluir ou fazer referência a nome ou número de candidato, nem conter pedido de voto para partido político. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º Na propaganda para eleição majoritária, a coligação usará, obrigatoriamente, sob sua denominação, as legendas de todos os partidos que a integram; na propaganda para eleição proporcional, cada partido usará apenas sua legenda sob o nome da coligação.

§ 3º Na formação de coligações, devem ser observadas, ainda, as seguintes normas:

I - na chapa da coligação, podem inscrever-se candidatos filiados a qualquer partido político dela integrante;

II - o pedido de registro dos candidatos deve ser subscrito pelos presidentes dos partidos coligados, por seus delegados, pela maioria dos membros dos respectivos órgãos executivos de direção ou por representante da coligação, na forma do inciso III;

III - os partidos integrantes da coligação devem designar um representante, que terá atribuições equivalentes às de presidente de partido político, no trato dos interesses e na representação da coligação, no que se refere ao processo eleitoral;

IV - a coligação será representada perante a Justiça Eleitoral pela pessoa designada na forma do inciso III ou por delegados indicados pelos partidos que a compõem, podendo nomear até:

a) três delegados perante o Juízo Eleitoral;

b) quatro delegados perante o Tribunal Regional Eleitoral;

c) cinco delegados perante o Tribunal Superior Eleitoral.

§ 4º O partido político coligado somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação, durante o período compreendido entre a data da convenção e o termo final do prazo para a impugnação do registro de candidatos. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 5º A responsabilidade pelo pagamento de multas decorrentes de propaganda eleitoral é solidária entre os candidatos e os respectivos partidos, não alcançando outros partidos mesmo quando integrantes de uma mesma coligação. (Incluído pela Lei nº 12.891, de 2013).

³⁴⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-REspe - *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 3776232* - Santana de Parnaíba/SP - Acórdão de 13/10/2011. Relator (a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI - Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 211, Data 08/11/2011, Página 17. [Http://www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br). Acesso em 19 de abril de 2014. "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2008. AIJE. CAPTAÇÃO E GASTOS ILÍCITOS DE RECURSOS PARA CAMPANHA ELEITORAL. COLIGAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. A coligação detém legitimidade para ajuizar ações eleitorais, mesmo depois da realização das eleições, haja vista que os atos praticados durante o processo eleitoral podem repercutir até após a diplomação. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto da Relatora.

³⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AgR-RO - *Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 1768936* - Florianópolis/SC. Acórdão de 28/11/2013. Relator (a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 23, Data 03/02/2014, Página 297. <http://www.tse.jus.br>. Acesso em 19 de abril de 2014. "Ementa: 1. A multa prevista no § 4º do art. 73 é aplicável aos agentes públicos e, também, aos partidos, coligações e candidatos beneficiados, a teor do que dispõe o § 8º do referido dispositivo.

7.3.5 As Associações Civas

A legitimidade das associações para atuar na defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos está prevista no art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal que dispõe o seguinte:

Art. 5º [...]

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

No plano infraconstitucional, a legitimidade das associações advém dos arts. 5º da Lei da Ação Civil Pública, art. 82, inciso IV do Código do Consumidor, art. 210, inciso III do Estatuto da Criança e Adolescente e, ainda, do art. 81, inciso IV do Estatuto do Idoso.

Vejamos, então, a redação dos citados artigos:

Lei da ação civil pública:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

2. O art. 40-B da Lei das Eleições não se aplica aos casos de representação por conduta vedada, pois diz respeito, tão somente, às representações em que se apura a prática de propaganda eleitoral irregular.

Segundo agravo regimental

3. A mera discussão sobre a aplicação de multa por conduta vedada, ainda que se trate de eleições federais, é hipótese cuja recorribilidade deve ser aferida nos termos dos incisos I e II do § 4º do art. 121 da Constituição Federal, ou seja, na via especial.

4. O indeferimento da oitiva das testemunhas do representante e a sua posterior oitiva como testemunhas do juízo não configura cerceamento da defesa do representado, pois é facultada ao juízo a produção da prova testemunhal que entender necessária para a elucidação da controvérsia. Precedentes: RO nº 1478, rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 28.5.2009, e AgR-REspe nº 51848-07/PI, rel. Min. Arnaldo Versiani, DJE de 10.10.2011.

5. Para modificar a conclusão do Tribunal de origem - de que a modificação das instalações do Hospital Geral e Maternidade Tereza Ramos em cenário e locação de propaganda eleitoral, inclusive mediante o uso de bens públicos por atores, ultrapassou os limites do que se pode considerar mera gravação de uma rotina e funcionamento ordinário do serviço público hospitalar e configurou a prática da conduta vedada prevista no art. 73, I, da Lei nº 9.504/97 - seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de recurso especial (Súmulas 7 do STJ e 279 do STF).

Agravo regimental a que se nega provimento.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, desproveu o agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Código de Defesa do Consumidor

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Estatuto do Idoso

Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

Como já dito, no Direito Eleitoral, a legitimidade é restrita aos candidatos, Partidos Políticos, Coligações e Ministério Público Eleitoral. Portanto, as associações civis não foram complementadas na legislação eleitoral para o controle da regularidade das eleições.

Todavia, Rodolfo Viana Pereira defende a ampla participação na fiscalização das eleições pelas associações civis:

A "tutela coletiva" ou, por outras palavras, o "controle social" em tela - representado pela atribuição legal da capacidade fiscalizatória e postulatória das associações civis em prol da regularidade do processo eleitoral - são herdeiros diretos de um modelo adequado de democracia-constitucional. Resultam da compreensão da democracia, enquanto sistema complexo, e da constituição, enquanto sistema de controle-fundante. Mais especificamente, afiguram-se os exemplos mais punjantes da concretização da adequada interação entre as ideias de controle-garantia e de princípio democrático.³⁴²

³⁴² PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 130.

Afirma, ainda, o autor a respeito da vantagem da participação das associações civis na proteção da regularidade dos pleitos eleitorais:

Tal direito de ação das associações civis representa, pois, a quintessência da noção de exponenciação do controle jurídico através da complexidade democrática. A começar pelo fato de atribuir à dimensão participativa uma função fiscalizatória específica, qual seja, a verificação contenciosa da regularidade do processo eleitoral. Depois, por ressaltar o fator associativo como elemento essencial da democracia e vetor impulsionante do aumento dos índices de eficácia do controle. Ademais, a legitimidade ativa das associações tende a promover igualmente o aprofundamento da experiência democrática, seja por introduzir novo ânimo na arena participativa, dando um horizonte tangível e um sentido prático ao desígnio de agir em prol da coisa pública, seja por contribuir para a criação de um momento factível em que representação e participação se relacionam de modo complementar.³⁴³

De fato, conferir legitimidade às associações civis proporciona efetividade ao princípio da democracia, pois a participação da coletividade nos pleitos eleitorais é medida inclusive de suma importância no atual estágio da democracia no qual a sociedade brasileira se encontra.

7.4 Legitimação do cidadão para ajuizamento de ação coletiva eleitoral

O Direito Eleitoral carece de uma melhor sistematização ou mesmo sua integração ao microsistema de direito coletivo de modo a lhe dar identidade, pois a natureza coletiva do Direito Eleitoral é de fácil percepção, mormente, em razão dos direitos protegidos, ou seja, os direitos políticos e suas vertentes, o sufrágio universal, o voto, etc.

Assim, deve-se passar por uma releitura dos institutos que embasam o Direito Eleitoral, tal como a legitimidade, uma vez que, como se expôs, tanto os Partidos Políticos quanto as Coligações e os candidatos defendem direito próprio.

O único legitimado a defender direitos difusos é o Ministério Público Eleitoral. Todavia, sua legitimidade extraordinária, por substituição processual, não é suficiente para proteger o cidadão dos atos ímprobos praticados por maus políticos. Assim, necessário seria abrir o sistema para que outros interessados difusos possam realizar também essa fiscalização.

No Estado Democrático de Direito é primordial que todos os cidadãos possam participar da defesa dos direitos políticos, pois a eles interessam diretamente a sua proteção.

³⁴³ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 131-132.

Outrossim, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental, insculpido na Constituição Federal, não pode ser interpretado restritivamente. Leis infraconstitucionais não podem limitar a legitimidade de todos os interessados coletivos na demanda, principalmente o cidadão.

Como já dito, o direito coletivo otimiza o acesso à Justiça, considerando que um número ilimitado de pessoas pode obter um provimento jurisdicional que valha para todos, sem os custos de um processo individual, primando, portanto, pela economia processual e evitando decisões contraditórias, que possam causar grande desprestígio à Administração da Justiça.

Assim, a fundamentação da legitimidade dos cidadãos se encontra no art. 1º da Constituição Federal, que assim dispõe:

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

[...]

II - a cidadania;

[...]

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

E, ainda, o princípio da inafastabilidade do acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso, do mesmo diploma:

Art. 5º. [...]

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Edilene Lobo defende a ampla participação dos cidadãos para o controle da atividade política por meio de ação judicial. Nas suas palavras:

Os direitos políticos cuidam da participação dos cidadãos na gestão dos negócios do Estado. São direitos que interferem em outros porque a garantia deles confere legitimidade à produção legislativa, à gestão administrativa e à função jurisdicional.

Também chamados de direitos da cidadania, os direitos políticos arrolados na Constituição estão dispostos de modo a garantir plena participação na vida democrática, cuidando do direito de voto e dos mecanismos de consulta popular para elaboração das leis e das políticas públicas, como o plebiscito e o referendo. Referem-se ainda às condições de elegibilidade, às causas de elegibilidade e à legitimidade dos pleitos, exigindo para o desempenho dos mandatos respeito à probidade e à igualdade de condições na disputa.

Nesse sentido, a garantia dos direitos políticos pressupõe também o acesso do cidadão ao controle da atividade política pela jurisdição, mesmo porque, como já dito em linhas volvidas, o processo constitucional é a garantia de aplicação, construção e reconstrução dos direitos, inclusos os políticos³⁴⁴.

Tito Costa, também, ao comentar a legitimidade para AIME, assevera que não há óbice para a participação do cidadão:

O texto constitucional não faz referência a quem pode ser parte nessa ação, como autor. Partindo-se da regra geral do processo segundo a qual para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, forçoso será concluir que, no caso da ação de impugnação de mandato eletivo serão partes legítimas para propô-la, em princípio, o Ministério Público, os candidatos (eleitos ou não), os partidos políticos, ou qualquer eleitor, sem prejuízo de outras pessoas físicas, ou entidades como associações de classe, sindicatos, cujo interesse seja devidamente manifestado e comprovado e, assim, aceito pelo juiz da ação³⁴⁵.

Paulo Bonavides considera o cidadão como o legítimo interessado para realizar a fiscalização da constitucionalidade dos direitos políticos.

Já na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro da gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados - direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas - será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.

Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política³⁴⁶.

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni acentua que o cidadão participa de modo indireto na democracia e de forma direta como titular da ação popular, prevista no art. 5º LXXIII, da CR/88, *in verbis*:

³⁴⁴ LOBO, Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 113.

³⁴⁵ COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 8ª edição, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, . 178-179.

³⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003, p. 572.

Além da legitimidade característica à ação coletiva – destinada a permitir a proteção dos direitos transindividuais, e inclusive do patrimônio público –, atribui-se a qualquer cidadão, sem a intermediação de outro ente ou associação, legitimidade para propor ação popular em busca da correção de eventual desvio na gestão da coisa pública. O art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal estabelece que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”³⁴⁷.

Afirma, ainda, o autor que a participação também ocorre por meio dos procedimentos judiciais:

É certo que essas ações não podem ser vista como simples procedimentos instituídos para a tutela dos direitos. Lembre-se que os direitos fundamentais exigem a possibilidade da participação na sociedade e no poder. Essa participação deve ser oportunizada e incentivada não apenas através da reserva de locais de participação em órgãos públicos ou em procedimentos voltados a decisões públicas, na esfera administrativa. Os procedimentos judiciais são indispensáveis à participação do cidadão em defesa dos seus direitos fundamentais e do patrimônio público. Nesses casos a participação é viabilizada pela jurisdição e, assim, incorpora-se ao processo uma outra particularidade.

O processo, nessa dimensão, assume a condição de via ou conduto de participação, e não apenas de tutela jurisdicional. Além de instrumento da jurisdição para a tutela dos direitos na perspectiva dos direitos fundamentais, o processo passa a ser instrumento para que o cidadão possa participar em busca da realização e da proteção dos seus direitos fundamentais e do patrimônio público.

Ou melhor: o processo, nessa perspectiva, mais do que instrumento do poder, é instrumento para a participação no poder, contribuindo para a otimização da participação do povo ou, em outros termos, para democratizar a democracia através da participação³⁴⁸.

Vicente de Paula Maciel Júnior em sua tese – teoria das ações temáticas – vai além ao afirmar que todos os interessados difusos deveriam participar do mérito processual em uma ação coletiva:

[...] pressupondo o Estado Democrático de Direito como modelo de Estado vigente, como no caso brasileiro, é ínsito aos sistemas democráticos que possam demandar aqueles que demonstrem interesse. E nos sistemas que adotam o direito de acesso à Justiça para a tutela da lesão e ameaça a direito, é esperado que se restaure e interprete ampliativamente a extensão da legitimação para agir a qualquer um dos interessados naturais atingidos pelo bem³⁴⁹.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007, p. 441-442.

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007, p. 442.

³⁴⁹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 156.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, os direitos difusos merecem a proteção de todos os interessados difusos:

A tutela jurisdicional aos interesses difusos se situa no plano geral da "participação popular através da justiça", isto é, admite-se a existência de um grande contingente humano, cujos interesses, por serem difusos, não se enquadram no esquema tradicional da legitimidade, referida à titularidade do direito e assim tendem a ficar marginalizados do processo jurídico. [...].

Assim, é que, gradualmente, foi se reconhecendo a premência de se dar "voz e voto" a esses interesses sem dono, até então esquecidos ou ignorados, por conta da consideração simplista e equivocada de que o que pertence a todos não pertence a ninguém, e assim torna-se inviável sua tutela.

Tratando-se de interesses difusos, o ideal seria - por uma questão de simetria - que a legitimação fosse também difusa, isto é, aberta a todos os interessados. O instrumento processual hábil seria a vetusta *actio popularis*, radicada no direito romano, através da qual, os cidadãos - *cuivis de populo* - participavam da res publica, englobando o erário, a ordem pública, a família, a gens e os valores morais e religiosos - as *rei sacrae* da comunidade³⁵⁰.

Esse déficit de controle pelo cidadão não só encontra lacuna na legislação eleitoral que afasta o cidadão da fiscalização dos atos ímprobos cometidos pelos candidatos, mas também encontra eco na Constituição Federal, que somente prevê a legitimidade do cidadão para propositura de ação popular.

Rodolfo Viana Pereira discorre sobre a falta de controle por parte do cidadão. Vejamos:

O desafio mais importante a enfrentar está no que se pode chamar de tendência tecnicista típica das abordagens teóricas acerca do controle e que acabam se refletindo, igualmente, nos seus desenhos concretos. Por mais de uma oportunidade se fez menção ao fato de que grande parte da dogmática constitucional resume a função de controle a âmbito das instituições estatais, em especial aos checks proporcionais pela técnica da separação de poderes. Segundo essa perspectiva, tal função de controle confina-se, em toda sua integralidade - estrutura, atores, processos -, às instituições, espaços e métodos tradicionalmente derivados da vertente representativa da democracia. Ou seja, o controle constitucional flui, basicamente, do quadro de competência dos órgãos de soberania e raramente é imputado à esfera de ação dos cidadãos, quando mais aos demais sujeitos constitucionais alternativos³⁵¹.

O legitimado coletivo atua em nome próprio na defesa de direitos que pertencem à comunidade, grupos de pessoas. A legitimidade foi conferida somente a alguns entes e excluiu o cidadão. Existem argumentos contra e a favor de sua legitimidade. Na doutrina estrangeira, Aluisio Gonçalves de Castri Mendes (*et al*) aponta vários países nos quais não se permite a

³⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 8ª ed., rev., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 193.

³⁵¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 250.

legitimidade do cidadão, mas também afirma que no Canadá, o cidadão tem legitimidade no processo coletivo³⁵².

Portanto, a legitimidade dos cidadãos para a defesa e fiscalização dos direitos políticos advém do próprio ordenamento jurídico. Desse modo, deve-se afastar qualquer lei ou ato que possa limitar a atuação dos cidadãos, visto que o disposto na Constituição Federal pode se tornar letra morta.

Todavia, a abertura do sistema para estender a legitimidade ao cidadão por si não resolve a questão da legitimação de agir na ação coletiva quando se trata de direitos difusos, pois, ainda assim, haverá a questão da participação de um maior número de interessados difusos de forma a tornar mais democrático o processo coletivo. De toda forma, entendemos que o ideal para o Direito Eleitoral seria a adoção da ação temática, fruto da tese do Professor Vicente de Paula Maciel Júnior sobre a qual discorreremos mais detalhadamente no próximo capítulo.

7.5 Ação Popular: Inaplicabilidade no Direito Eleitoral

A legitimidade do cidadão para propor ação coletiva está prevista no art. 5º, inciso LXXXIII da Constituição Federal. Esse inciso foi regulamentado pela Lei n. 4.717/65³⁵³.

O art. 1º, §3º da Lei 4.717/65 - Ação Popular - diz que a prova de cidadania será feita com o título de eleitor.

A Constituição Federal é clara ao preceituar que a Ação Popular é destinada a anular ato lesivo ao patrimônio público, histórico e cultural, à moralidade administrativa e ao meio ambiente³⁵⁴.

³⁵² CASTRI MENDES. Aluísio Gonçalves de; Larissa Clare Pochmann da Silva. *A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas*. Revista de Processo. vol. 220, p. 37. São Paulo: Ed. RT, abril, 2013. "Os argumentos contrários à legitimidade do indivíduo não se restringem a um país especificamente. Estudiosos de diversas regiões do mundo se posicionaram, durante seus estudos sobre a tutela coletiva, sobre a legitimidade do indivíduo e acabaram por construir argumentos relevantes a favor e contra. Alguns desses argumentos são favoráveis à exclusão da legitimidade do indivíduo para a tutela coletiva, enquanto outros se restringem a defender alguns limites."

³⁵³ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, *que regula a ação popular*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 19 de abril de 2014. "Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. (Redação dada pela Lei nº 6.513, de 1977)".

No que tange ao requisito cidadão, Luiz Manuel Gomes Jr.³⁵⁵, citando Tereza Arruda Alvim Wambier, entende que o parágrafo 3º do art. 1º da Lei nº 4.717/65 não foi recepcionado pela CR/88, pois todo cidadão tem legitimidade para propor a ação, uma vez que cidadão é a pessoa em gozo de seus direitos fundamentais e não só aquela no gozo de seus direitos políticos. Assim, não se deve confundir cidadão com eleitor. O termo cidadão é muito mais abrangente.

Edilene Lobo entende que a Ação Popular poderia ser utilizada no âmbito eleitoral como meio de fiscalizar a regularidade das eleições, sendo certo que, para tal, se poderia adotar o procedimento da AIJE e AIME³⁵⁶.

Diferentemente da referida autora, entende-se que a ação popular, embora de muitíssima utilidade para proteção da coisa pública, não se amolda bem aos fins perseguidos pela legislação eleitoral. Sem dúvida, a moralidade administrativa é um dos princípios que norteiam a representação popular, que é protegida pela Ação Popular. Todavia, deve-se consignar que, no Direito Eleitoral, não basta apenas anular ou declarar nulidade de atos lesivos para que o candidato ímprobo seja obstado de produzi-lo. Essa ação popular seria utilizada apenas paliativamente, pois, na maioria dos casos, é necessário cassar o registro, diploma ou mandato do parlamentar para que haja equilíbrio no pleito eleitoral. As sanções de cassação de registro, diploma, mandato e aplicação de multa e inelegibilidade são da essência do Direito Eleitoral. Essas sanções constituem, isolada ou conjuntamente, meios eficazes de coibir condutas ilícitas eleitorais.

Por isso, em razão desses argumentos, a Ação Popular não surtiria o efeito esperado no âmbito eleitoral. Ademais, já existem mecanismos judiciais eleitorais eficazes para coarctar atos ímprobos. A questão passa mais pela participação dos interessados difusos no controle e fiscalização das eleições do que de tomar emprestados meios processuais de outros ramos do Direito para serem utilizados como sucedâneo³⁵⁷ de ação eleitoral. Na jurisprudência da

³⁵⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014. "Art 5º. [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência."

³⁵⁵GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 140-142.

³⁵⁶ LOBO. Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 134-135.

³⁵⁷ BRASIL. Jusbrasil. Tribunal Superior Eleitoral. *Ação Popular. Petição n. 3914-20.2010.6.00.0000. Campo Grande/MS*. [Http://www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em 19 de abril de 2014. "Vistos. Trata-se de ação popular ajuizada por Tirmiano do Nascimento Elias em desfavor da Coligação Para o Brasil Seguir Mudando (PT/PMDB/PC do B/PDT/PRB/ R/PSC/PSB/PTC/PTN) e de Dilma Vana Rousseff, Michel Miguel Elias Temer Lulia, Ricardo Lewandowski - Presidente do TSE, José Eduardo de Barros Dutra, José Renato Rabelo, Carlos Roberto Lupi, Vitor Paulo Araújo dos Santos, Alfredo Nascimento, Vítor Jorge Abdala Nösseis, Eduardo

Justiça Eleitoral, encontra-se tal posição esposada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Alagoas³⁵⁸.

Henrique Accioly Campos, Daniel S. Tourinho e José Masci de Abreu. O autor relaciona como litisconsortes passivos José Maria Almeida, Heloisa Helena Lima de Moraes Carvalho, Luciano Caldas Bivar, Rui Costa Pimenta, Paulo Roberto Matos, José Maria Eymael, José Levy Fidelix da Cruz, Ivan Martins Pinheiro, Ovasco Roma Altimari Resende, José Luiz de França Penna, Francisco Dornelles, Severino Sérgio Estelita Guerra, Rodrigo Felinto Ibarra Epitácio Maia, Roberto Jefferson Monteiro Francisco, Oscar Noronha Filho, Roberto João Pereira Freire, Luis Henrique de Oliveira Resende.

O autor alega, essencialmente, que o objetivo desta ação é "impedir que os Requeridos pratiquem atos de registro de Coligação Partidária entre Partidos Políticos dogmaticamente não iguais e/ou incompatíveis" (fl. 5).

Sustenta que a formação de coligação partidária sem "alinhamento dogmático entre os Partidos Políticos" (fl. 9) constitui ato ilegal que afronta aos princípios gerais do Estado Democrático de Direito e que "ofende valores culturais e históricos da sociedade brasileira" (fl. 9).

Ao fim, pugna pela procedência da ação popular para declarar a nulidade da Coligação requerida, bem como dos atos de registro dessa Coligação.

A ação foi proposta originalmente perante o Juízo da 53ª Zona Eleitoral de Campo Grande/MS, que, julgando-se incompetente para apreciar a demanda, determinou a remessa dos autos a esta c. Corte.

Relatados, decido.

Cuida-se, na origem, de ação popular ajuizada por Tirmiano do Nascimento Elias em desfavor da Coligação Para o Brasil Seguir Mudando e outros com o objetivo de declarar a nulidade da Coligação requerida, bem como dos atos de registro dessa Coligação.

A ação é manifestamente incabível, porquanto seu objeto não se enquadra nas hipóteses de cabimento da ação popular.

À toda evidência, o autor utiliza-se da ação popular como sucedâneo de impugnação de registro, da qual o requerente sequer seria parte legítima para a propositura. Ante o exposto, não conheço da ação popular e negolhe seguimento, nos termos do art. 36, § 6º, do RI-TSE. P. I. Brasília (DF), 8 de novembro de 2010. Ministro Aldir Passarinho Junior - Relator".

³⁵⁸ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral. *AGREG - Agravo Regimental nº 72/AL - Acórdão nº 6024 de 04/05/2009* – Relator (a) Eloína Maria Braz dos Santos - Publicação: DOE - Diário Oficial do Estado, Data 14/5/2009, Página 72/73. <http://www.tre-mg.jus.br>. Acesso em 19 de abril de 2014. "Ementa. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO. AÇÃO POPULAR. ANULAÇÃO DAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS DE 2006. INDEFERIMENTO DA INICIAL. PEDIDO MANIFESTAMENTE INADIMISSIVEL. VIA IMPRÓPRIA. TÍPICIDADE DAS AÇÕES ELEITORAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REDEBATE DE FATOS ALUSIVOS À CAMPANHA ELEITORAL DE 2006, UMA VEZ QUE JÁ TRANSCORRERAM MAIS DE DOIS ANOS DA REALIZAÇÃO DAS ELEIÇÕES. AGRAVO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Embargos de declaração opostos contra decisão monocrática de relator devem ser recebidos como agravo regimental.

2. As ações no âmbito do direito eleitoral são específicas, ou seja, são aquelas expressamente previstas pelo texto constitucional e pela legislação infraconstitucional, possuindo cada ação rito próprio, causa de pedir própria e consequências próprias.

3. Não se insere dentre o elenco das ações admitidas pela Justiça Eleitoral a ação popular prevista no art. 50, LXXIII, da Carta Política de 1988, que é instrumento processual assegurado ao cidadão com o objetivo de anular eventuais atos lesivos ao patrimônio público, cujo conceito não abrange a garantia da lisura e legitimidade das eleições.

4. Assim, não é a ação popular meio apto a combater atos que configurem abuso de poder político ou econômico, captação ilícita de sufrágio, propaganda eleitoral irregular, gastos ilícitos de campanha etc, praticados durante a campanha eleitoral.

5. Nesse caso, faz-se necessária a interposição, no momento apropriado, da ação cabível, qual seja, as representações previstas na Lei nº 9504/97, a ação de impugnação de mandato eletivo prevista no art. 14, § 10, da CF188, a ação de investigação judicial eleitoral a que alude o art. 22 da LC nº 64/90, ou o recurso contra a expedição de diploma renunciado no art. 262 do Código Eleitoral.

6. Não se há de admitir o ajuizamento, a qualquer tempo, de ações com a finalidade de anular as eleições por supostos vícios cometidos, sob pena de fragilizar o princípio da segurança jurídica.

7. Em face da segurança jurídica é que se impõe os princípios da celeridade dos feitos eleitorais e o da oportunidade, onde as ações típicas eleitorais devem ser propostas em estrita observância aos prazos prescritos pela Constituição e pela legislação, a fim de se garantir a estabilidade na administração da coisa pública. Decisão: ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, à unanimidade de votos, em receber

A extensão do controle das eleições à participação de todos os interessados seria medida mais consentânea de forma a equilibrar as "armas" no Direito Eleitoral. Todavia, não haveria óbice para que a ação popular possa ser utilizada quando se tratar de anular ou declarar nulidade de atos administrativos em se tratando de exercício de função administrativa.

os embargos opostos como agravo regimental, para, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Juíza Relatora."

8. TECNOLOGIA NO PODER JUDICIÁRIO

8.1 Sociedade em rede: Globalização

O fenômeno da *internet* é recente na história da humanidade. Houve muita polêmica no início acerca dos benefícios da internet ou mesmo seus malefícios. Assim, veio a lume a questão da globalização, inclusive, em razão dessa nova tecnologia, a *internet*³⁵⁹.

Globalização é um tema que tem sido examinado intensivamente em todo o mundo. Indubitavelmente, não seria possível discorrer sobre todos os aspectos que envolvem o tema. Portanto, limitar-nos-emos a enfatizar a seguinte dimensão: a tecnologia (*internet*).

Pode-se perceber nitidamente que a tecnologia e a informação estão se tornando cada vez mais acessíveis, remodelando o modo como nos comunicamos e trabalhamos. Em rede, cidadãos engajados agarram o potencial do momento histórico. Parece que uma nova responsabilidade democrática tem emergido e empoderado os cidadãos.

Os governos têm a responsabilidade de conduzir esse novo mundo, um mundo sem barreiras, para que se possa construir uma tecnologia inclusiva. Certamente, para se crescer em uma economia globalizada, é necessário que não se coloque a lógica econômica antes da independência do cidadão.

A economia mundial tem crescido de uma forma mais célere do que em qualquer outra época. Dinheiro, bens e ideias deslocam-se no globo mais rápido e livremente do que antes da globalização. Tomemos como exemplos os celulares, computadores, enfim, a moderna comunicação.

A mudança tecnológica teve o maior efeito na Europa e no Japão. Ainda se fez sentir no Brasil, embora com menor ênfase no Poder Judiciário.

Acredita-se que a globalização é necessária para que a sociedade possa alcançar uma condição de vida melhor. Acredita-se também que intercâmbio de bens, tecnologia e

³⁵⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. Do conhecimento à política*. Conferência promovida pelo Presidente da República- 4 e 5 de Março de 2005. Centro Cultural de Belém. Livro organizado por Manuel Castells Professor de Comunicação, Tecnologia e Sociedade na Wallis Annenberg School of Communication, Universidade do Sul da Califórnia, Los Angeles e Professor e Investigador na Universidade Aberta da Catalunha (UOC), Barcelona. Gustavo Cardoso Professor de Ciências da Informação e Comunicação, Departamento de Ciências e Tecnologias de Informação, ISCTE, Lisboa, Portugal. Imprensa Nacional - Casa da Moeda, p. 18. *In*: "Além disso, a comunicação em rede transcende fronteiras, a sociedade em rede é global, é baseada em redes globais. Então, a sua lógica chega a países de todo o planeta e difunde-se através do poder integrado nas redes globais de capital, bens, serviços, comunicação, informação, ciência e tecnologia. Aquilo a que chamamos globalização é outra maneira de nos referirmos à sociedade em rede, ainda que de forma mais descritiva e menos analítica do que o conceito de sociedade em rede implica."

informação alcançará todos os países do mundo. Talvez leve algum tempo, porém ocorrerá. A globalização tem aumentado produtividade e baixado os preços de bens e serviços e da tecnologia.

Apenas para exemplificar: hodiernamente, pode-se aprender uma língua estrangeira facilmente por intermédio da *internet*. 20 anos atrás havia somente giz e *slides*. Qualquer um pode acessar a *internet* e assistir a filmes, a noticiários, etc.

Muitos alertam para o risco da uniformização. No entanto, há evidências de que haverá mais integração na tecnologia, no comércio e na educação, etc. Caso ocorra esse tipo de uniformização, não haverá mal nenhum na melhora das condições dos povos do mundo. Deve-se procurar uma solução para que a globalização venha a integrar todos os povos do mundo.

A tecnologia, chamada de *internet*, se tornou frequente no mundo inteiro. A *internet* permitiu às pessoas se conectarem, formando laços, chamados de laços fracos por Manuel Castells, os quais, segundo esse autor, tornam a sociedade mais igualitária:

A Rede é especialmente apropriada para a geração de laços fracos múltiplos. Os laços fracos são úteis no fornecimento de informações e na abertura de novas oportunidades a baixo custo. A vantagem da rede é que ela permite a criação de laços fracos com desconhecidos, num modelo igualitário de interação, no qual as características sociais são menos influentes na estruturação, ou mesmo no bloqueio, da comunicação. Nesse sentido, a Internet pode contribuir para a expansão dos vínculos sociais numa sociedade que parece estar passando por uma rápida individualização e um ruptura cívica [...] Existem indícios substanciais de solidariedade recíproca na Rede, mesmo entre usuários com laços fracos entre si. De fato, a comunicação on-line incentiva discussões desinibidas, permitindo a sinceridade³⁶⁰.

Para Roberta Maia Gresta, essa relação de laços fracos, ou seja, sem vínculo forte de amizade, ainda assim, pode ter um objeto comum quando se trata dos direitos difusos. Sua interação seria, então, no campo fático ou jurídico:

A geração de laços fracos múltiplos, igualitários, ágeis e aptos a gerar solidariedade entre os envolvidos é indissociável da noção de direito coletivo, normatização voltada para pessoas “indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, “ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” ou que sofram danos “decorrentes de origem comum”. Essas pessoas, ainda que não se liguem por laços fortes, como a amizade e o vínculo familiar, podem pretender estabelecer comunicação intensa acerca da situação fática ou jurídica que lhes é comum. Por meio da rede, são capazes de interagir entre si de forma direta, sem tradicionais intermediários, em uma comunicação difusa que se mostra apta a acolher a heterogeneidade das posições assumidas voluntariamente pelos interessados. A

³⁶⁰ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 14ª reimpressão com novo prefácio. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 445.

solidariedade, surgida espontaneamente em torno de pretensões comuns, dispensa a canalização pela via da representatividade adequada³⁶¹.

De fato, como a interação é virtual, a confiança no outro fica um pouco abalada. Essa confiança em regra é adquirida mediante vínculos de amizade, algo familiar, sendo que nesse caso a interação é física, o que possibilita "amarrar" os sentimentos que possuímos uns pelos outros. Assim, a *internet* inaugura um novo tipo de vínculo que servirá para que a defesa dos direitos difusos seja efetiva, pois a relação entre os interessados difusos é "fática ou jurídica", nunca de amizade ou familiar, embora essa relação possa se confundir.

Por fim, poderíamos avançar para a globalização do processo judicial, ou seja, a universalidade do uso da *internet* para promover o acesso ao processo judicial? Com certeza, a resposta é positiva. Com o uso da *internet*, as possibilidades são infinitas, uma vez que ela possibilita o recebimento de centenas de dados ao mesmo tempo e de forma rápida. Sem dúvida, um mesmo processo poderia receber centenas de petições iniciais sem que houvesse nenhum prejuízo à apreciação dos argumentos nelas contidos. Discorreremos mais detalhadamente sobre esse tópico mais adiante quando discutirmos sobre o processo eletrônico como forma de propiciar acesso a todos os interessados difusos no processo coletivo.

8.2 A ausência de fiscalização efetiva do processo eletrônico de votação

Antes do voto eletrônico, o cidadão votava em cédulas de papel e as depositava em uma urna de lona. Isso durou até 1996 quando foi usado o processo eletrônico de voto.

O processo eletrônico entrou no cenário brasileiro para dar maior transparência e agilidade ao voto do cidadão e mais importância e mais segurança na votação, evitando as fraudes eleitorais que eram tão comuns antes de voto eletrônico.

Segundo o sítio do Tribunal Superior Eleitoral, os estudos para implantação das urnas eletrônicas iniciaram em 1995 e, em 2006, 125 milhões de brasileiros votaram por meio das urnas eletrônicas.

Em 1995, na gestão do Ministro Carlos Velloso, iniciaram-se os trabalhos de informatização do voto. Uma comissão de juristas e técnicos de informática

³⁶¹ GRESTA. Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 235-236.

apresentou um protótipo da urna eletrônica. Para a elaboração do projeto técnico da urna eletrônica, incluindo o equipamento e os programas, foi constituído um grupo de trabalho que contou com a colaboração de especialistas em informática, eletrônica e comunicações da Justiça Eleitoral, das Forças Armadas, Ministério da Ciência e Tecnologia e Ministério das Comunicações.

Paralelamente aos estudos dos requisitos e premissas para a construção da urna eletrônica, o Tribunal Superior Eleitoral procurou sensibilizar não só o corpo funcional da Justiça Eleitoral para o grandioso empreendimento como também os demais poderes, o Legislativo, de quem dependia a adequação da lei para possibilitar a implantação do voto eletrônico, e o Executivo, que deveria fornecer os recursos financeiros necessários.

Em cinco meses, durante as eleições municipais de 1996, o projeto foi concluído. A urna eletrônica, criada pelo TSE, foi então licitada para fabricação. O objetivo era adquirir urnas capazes de registrar o voto de um terço do eleitorado, há época próximo a 100 milhões de eleitores. As urnas adquiridas foram utilizadas em todo o estado do Rio de Janeiro, nas demais capitais dos estados e nos municípios com mais de 200 mil eleitores, totalizando 57 cidades no país.

Sob a presidência do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello em 1996 foi iniciada a primeira votação eletrônica do Brasil. Nas eleições de 1996, um terço do eleitorado votou nas urnas eletrônicas.

Nas eleições de 1998, votaram, eletronicamente, dois terços dos eleitores.

Finalmente, no ano 2000, o projeto foi implementado em sua totalidade, ocasião em que todo eleitorado votou por meio eletrônico. Seguiram-se as eleições de 2002, 2004 e 2006.

Em 2006, votaram, eletronicamente, cerca de 125 milhões de brasileiros.

Ressalte-se, todavia, que todo o processo de informatização dos pleitos eleitorais tem sido permeado por estudos aprofundados e ações rígidas visando à segurança e à transparência do processo, possibilitando um fidedigno registro da vontade do eleitor brasileiro, fortalecendo a democracia do país³⁶².

De acordo com o mesmo sítio, foram levadas em conta as principais premissas para a utilização das urnas eletrônicas³⁶³:

1. Solução universal - registro do voto pelo número do candidato ou partido;
2. Aderência à legislação de vigente, com possibilidade de evolução para garantir que mudanças na legislação eleitoral não obrigasse à alterações na urna eletrônica;
3. Processo amigável, de fácil utilização pelo eleitor, com a visualização na tela dos dados do candidato antes da confirmação do voto;
4. Custo reduzido – o projeto deveria ser economicamente viável, em função do elevado número de seções eleitorais;
5. Perenidade – possibilidade de uso em várias eleições, diminuindo o custo do voto;
6. Segurança - eliminação da possibilidade de fraude no registro do voto e apuração do resultado;
7. Facilidade na logística - pequena, rústica, peso reduzido, de fácil armazenamento e transporte;
8. Autonomia - uso de bateria nos locais onde não há energia elétrica.

³⁶²BRASIL. Informatização da JE. Histórico. Infraestrutura e logística. Avaliação do sistema. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica/eleicoes>. Acesso em 20 de dezembro de 2013.

³⁶³ Brasil. Informatização da JE. Histórico. Infraestrutura e logística. Avaliação do sistema. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica/eleicoes>. Acesso em 20 de dezembro de 2013.

Segundo o TSE (item 6), a segurança consiste na eliminação da possibilidade de fraude no registro do voto e na apuração do resultado. Todavia, o direito do cidadão a ter ciência se seu voto foi realmente computado para o candidato em quem ele votou não foi objeto de discussão.

8.2.1 A exclusão dos interessados na fiscalização no voto

Os direitos políticos insculpidos na Constituição da República, segundo Lobo, "*cuidam da participação dos cidadãos na gestão dos negócios do Estado. São direitos que interferem em outros porque a garantia deles confere legitimidade à produção legislativa, à gestão administrativa e à função jurisdicional*"³⁶⁴.

Todavia, o eleitor tem sido excluído de todo o processo eleitoral, apenas tem o direito de votar e nada mais. A Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a Lei 9.504/97 e Lei complementar n. 64/90 afastam a participação do cidadão em todo o processo eleitoral. Nas palavras de Roberta Maia Gresta, *et al*³⁶⁵:

Quanto ao recurso contra expedição de diploma (RCED) e à ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), incumbiu-se a jurisprudência de suprir a ausência de previsão legal de rol de legitimados para sua propositura. Consolidou-se, a partir de decisões reiteradas do TSE, o entendimento de que "não têm legitimidade ad causam os apenas eleitores" (BRASIL, 1994). Na decisão na qual se firmou a posição de que o sistema infraconstitucional não contempla a participação do cidadão no processo eleitoral jurisdicional, afirmou-se que o reconhecimento da legitimidade para agir dos eleitores afrontava, entre outros dispositivos, o art. 3º do Código de Processo Civil, que determina a necessidade de interesse e legitimidade para a propositura da ação. A partir dessa posição, estabeleceu-se a interpretação de que os legitimados ativos para a propositura dessas ações seriam os mesmos elencados no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90.

A negativa estatal de reconhecimento do interesse do cidadão no processo eleitoral, seja pela via legal ou pela jurisprudencial, choca-se com o princípio democrático. O povo é considerado como entidade abstrata que se sobrepõe aos indivíduos que o compõem, bem como o abstrato interesse geral é dissociado de qualquer interesse individual. Maciel Junior (2006, p. 60-61) alerta para o perigo dessa formulação, que coloca nas mãos de interlocutores autorizados a prerrogativa de, a partir de sua própria percepção, definir o sentido do que seja o interesse de toda a coletividade.

As resoluções por sua vez repetem as leis no sentido de afastar qualquer legitimidade do cidadão no processo eleitoral, sendo certo que somente os partidos políticos, candidatos e

³⁶⁴ LOBO, Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 115.

³⁶⁵ GRESTA, Roberta Maia, Lara Marina Ferreira e Mariana Sousa Bracarense. Coletânea de artigos jurídicos Nap 2011. Igor Alves Noberto Soares, et al, (organizadores). *Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral*. 1ª edição. Curitiba, PR: CRV, 2012, p. 235.

Ministério Público Eleitoral têm legitimidade para questionar quaisquer irregularidades ou fraudes no processo eleitoral.

A exclusão do cidadão no que se refere à fiscalização das atividades administrativas ou jurisdicionais é completamente inconstitucional, mormente, como asseverado acima, quanto ao princípio democrático. Sem dúvida, a Constituição dá legitimidade ao cidadão para fiscalizar diretamente a coisa pública e as eleições não é exceção.

Edilene Lobo também pontua que³⁶⁶:

[...]

Transpondo esse raciocínio para o processo eleitoral, se for atingido o direito político, logicamente será afetado o interesse do eleitor e de toda a coletividade. Desse modo, tanto o cidadão como as entidades variadas envolvidas nos pleitos são legitimados para o manejo de ações que visam sindicatar a corrupção eleitoral, o abuso de poder econômico, a propaganda abusiva, porquanto condutas desnaturadas da liberdade do voto, da legitimidade e do equilíbrio.

Embora o raciocínio das autoras citadas diga respeito à legitimidade do eleitor para propor ações judiciais, o mesmo raciocínio pode ser utilizado para que o eleitor possa fiscalizar o ato de votar, fiscalizar se seu voto realmente foi computado para o candidato em quem votou. Todavia, isso não ocorre. Como se vê, o cidadão não tem legitimidade para defender a democracia nem tem direito de saber se seu voto foi computado corretamente.

Nesse ponto, há grandes indagações a respeito da observância dos princípios constitucionais pelo Tribunal Superior Eleitoral, uma vez que, pelo menos, os princípios democráticos e da publicidade, após a utilização das urnas eletrônicas, ficaram comprometidos e, segundo o relatório do Comitê Multidisciplinar Independente,"com essa abordagem da autoridade eleitoral brasileira, a importância do eleitor fica restrita à obrigação de comparecer, identificar-se, votar e acreditar que seu voto foi mesmo registrado e computado, pois daí em diante vale tão somente o que o resultado eletrônico indicar"³⁶⁷.

³⁶⁶ LOBO, Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 130.

³⁶⁷ COMITÊ MULTIDISCIPLINAR INDEPENDENTE. Relatório sobre o sistema brasileiro de votação eletrônica. <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/textos/RelatorioCMind.pdf>. Acesso em 22 de dezembro de 2013. In: O Princípio da Publicidade no processo eleitoral era perfeitamente atendido no sistema de votação manual. O eleitor via o conteúdo do Registro do Voto - a cédula eleitoral - antes de ser colocada na urna. Na apuração, todos esses Registros do Voto eram abertos para serem vistos e contados perante os representantes dos candidatos.

Porém, com a adoção das *máquinas DRE* no Brasil em 1996, o Princípio da Publicidade no processo eleitoral eletrônico teve seu alcance restringido.

Como ressaltado pelo tribunal alemão nos Fundamentos 155 e 156, o eleitor não tem como ver ou conferir o que foi gravado no *Registro Digital do Voto*, porque essa gravação só ocorre DEPOIS que ele encerra sua participação ao digitar a tecla CONFIRMA e, assim, nunca terá como saber se o RDV teria registrado o seu voto conforme digitado.

8.2.2 O risco de a tecnologia suplantar direitos fundamentais em razão da exclusão dos reais interessados

O surgimento das urnas eletrônicas está umbilicalmente associado à era tecnológica. A respeito da tecnologia, Lucas Abreu Barroso pontua:

“Todavia, em menos de dois séculos ruía a sociedade industrial e se estava adentrando na atual fase do progresso técnico, a denominada etapa científica ou era tecnológica, na qual "La nueva riqueza de las naciones está constituida por el know-how o recurso estratégico de la informacion".

Uma nova fase de transição da sociedade industrial para outro modelo social e de produção, havia sido delineada em um estágio avançado daquela, e quase podei ser vislumbrada através da manifestação de três fenômenos: a) convergência progressiva entre os países industriais independentemente de seu regime político; b) crescimento das classes médias no âmbito da sociedade e da tecno-estrutura da empresa; c) difusão do consumo de massa e da sociedade de massa³⁶⁸.

A questão é saber se essa nova tecnologia utilizada na votação será harmonizada com os direitos e garantias do cidadão previstos na Constituição Federal, mormente os princípios democráticos e do Estado Democrático de Direito. Não seria demais vislumbrar, não afirmar, que a técnica poderá suplantar cânones constitucionais, de modo a afastar direitos inalienáveis alcançados a duras penas ao longo do século, se implantada a ferro e fogo, sem espaço para diálogo.

Além disso, o resultado da apuração – o *Boletim de Urna* – é calculado e oficialmente publicado sem que os fiscais dos candidatos possam antes ver cada *RDV* para conferi-los e contá-los 69.

O CMTSE, posiciona-se em direção contrária ao Princípio da Publicidade e desconsidera o direito do cidadão médio de entender e fiscalizar o processo, defendendo soluções tecnológicas mesmo que não compreendidas pelo cidadão comum, como em suas considerações finais na Seção 4.3, “*verbis*”:

“O fato de que o uso de criptografia e mecanismos sofisticados tecnologicamente não serem entendidos pela maioria dos eleitores, candidatos e público em geral, não diminui os benefícios que essas ferramentas modernas trazem para a segurança das eleições.” Essa tese esposada pelo CMTSE reflete o posicionamento de seu coordenador e da própria Justiça Eleitoral. Vem crescendo como linha diretriz da autoridade eleitoral nas seis últimas eleições desde a adoção das urnas eletrônicas. Suas normatizações têm seguido uma tendência constante de desconsideração desses direitos constitucionais dos eleitores.

O argumento do CMTSE repete esse entendimento, mas fere de morte o princípio de publicidade e os direitos contidos no Artigo 14 da Constituição Federal, pois distancia-se da supremacia do direito do eleitor em ver, de forma a si compreensível, a sua vontade preservada tanto no ato de votar quanto na destinação dada a seu voto, posto que é no final do processo que o voto preencherá os requisitos de eficácia, atributo essencial da obediência à vontade popular.

Com essa abordagem da autoridade eleitoral brasileira, a importância do eleitor fica restrita à obrigação de comparecer, identificar-se, votar e acreditar que seu voto foi mesmo registrado e computado, pois daí em diante vale tão somente o que o resultado eletrônico indicar.

³⁶⁸ BARROSO, Lucas Abreu. A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 12-13.

Segundo Dupuy: "inúmeros são os críticos da sociedade moderna que defenderam a ideia de que o desenvolvimento científico e técnico da humanidade constituía um processo autônomo, escapando do domínio dos homens"³⁶⁹.

As palavras de Hans Jonas ilustram que:

[...] A experiência tem ensinado que os desenvolvimentos tecnológicos postos em marcha pela ação tecnológica com objetivos de curto prazo tendem a se autonomizar, isto é, a adquirir sua própria dinâmica compulsiva, com um crescimento espontâneo graças ao qual, como dissemos, eles se tornam não só irreversíveis como também autopropulsionados, ultrapassando de muito aquilo que os agentes quiseram e planejaram. Aquilo que já foi iniciado rouba de nossas mãos as rédeas da ação, e os fatos consumados, criados por aquele início, se acumulam, tornando-se a lei de sua continuação. Na hipótese de que tomemos "a nossa própria evolução em nossas mãos, então esta nos escapará exatamente por ter incorporado a si mesma esse impulso. Mais do que em qualquer outra parte, aplica-se aqui o provérbio de que temos liberdade para dar o primeiro passo, mas nos tornamos escravos do segundo e de todos os passos subsequentes"³⁷⁰.

A aceleração do processo eletrônico de votação, sem que houvesse maiores discussões, de fato, compromete a legitimidade das eleições, uma vez que são inúmeros os questionamentos em torno da urna eletrônica. Sendo certo que o cidadão tem o direito de ver o conteúdo do voto, a exemplo do que ocorria com a votação mediante a cédula eleitoral colocada na urna de lona.

O voto impresso foi previsto pela Lei n. 10.408/2002 e, efetivamente, implementado pelo TSE. Todavia, a Lei n. 10.740/2003 o substituiu por registro digital de voto.

Por sua vez, a Lei n. 12.034/2009 novamente instituiu o voto impresso, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.543, ajuizada pela Procuradoria Geral da República. Entendeu o STF que o voto impresso contraria a garantia do sigilo do voto previsto na Constituição Federal. Infelizmente, foi um retrocesso, pois a impressão do voto seria prova somente do eleitor. Não se deve tratar o eleitor como irresponsável. O STF confundiu sigilo com meios de prova.

³⁶⁹ DUPUY, Jean-Pierre. *O tempo das catástrofes: quando o impossível é uma certeza*. São Paulo: É Realizações Editora, 2011, p. 85.

³⁷⁰ JONAS, Hans. *Princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para civilização tecnológica*. Editora PUC Rio, p. 78.

O Tribunal Superior Eleitoral desde o início se mostrou contrário ao voto impresso e utilizou-se de inúmeros argumentos. No seu sítio, esse Tribunal traz uma explicação sobre o voto impresso. Vejamos³⁷¹:

O voto impresso foi aprovado pelo Congresso Nacional em setembro de 2009, na ocasião da minirreforma eleitoral. De acordo com o texto contido na Lei nº 12.034, a urna eletrônica exibirá as telas referentes aos votos digitados e, após a confirmação do eleitor, a máquina deverá imprimir um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.

A mesma regra também prevê que esse documento impresso seja depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado e, posteriormente, passará por auditoria independente em audiência pública a ser realizada pela Justiça Eleitoral após o fim da votação. O objetivo desse procedimento é comparar o resultado apresentado na urna eletrônica com o resultado dos votos impressos.

Retrocesso

A Justiça Eleitoral posicionou-se de forma contrária ao voto impresso desde a sanção da Lei nº 12.034, por considerar esse procedimento um retrocesso comparado aos tempos de votação manual. Quando o projeto foi aprovado pelo Congresso, o então presidente do TSE, ministro Ayres Britto, chegou a pedir ao presidente da República que vetasse o dispositivo da lei. Na opinião do ministro, não havia sentido ter o voto impresso uma vez que a mesma eficiência de checagem de votos pode ser alcançada por meio eletrônico, dispensando o gasto extra exigido na impressão de votos.

O voto impresso no Brasil ocorreu nas eleições gerais de 2002, conforme o disposto na Lei nº 10.408/2002, em todas as seções eleitorais do estado de Sergipe, do Distrito Federal e em mais 73 municípios (formato PDF) de todas as unidades da Federação. Cerca de sete milhões de eleitores votaram em urnas com impressão do voto.

O sistema, no entanto, entre outras desvantagens, apresentou um grande número de falhas, impedindo o transcurso fluente dos trabalhos nas seções eleitorais. Além disso, os custos de implantação foram muito altos, a demora na votação foi maior que nas seções onde não havia voto impresso, o número de panes foi expressivo nas impressoras e o procedimento na carga dos programas foi mais demorado.

Também houve exigência de envio do material de votação manual para as seções; necessidade de procedimentos de transporte, de guarda e de segurança física das urnas de lona contendo os votos impressos; treinamento complexo para os mesários, contrariando a orientação geral de simplificação do processo eleitoral; ao corrigir o voto duas vezes, muitos eleitores se negaram a votar em cédula de papel, retirando-se da seção eleitoral; a porta de conexão do módulo impressor, além de apresentar problemas de conexão, é uma porta aberta à intrusão e tentativa de fraude.

A Lei nº 10.740/2003 substituiu o voto impresso pelo registro digital do voto.

A Lei nº 12.034/2009 previu algumas mudanças no sistema eletrônico de votação brasileiro, entre elas o retorno do uso do chamado “voto impresso” já nas eleições de 2014. No entanto, por entender que, entre outros motivos, a impressão do voto fere o artigo 14 da Constituição Federal, que garante o voto secreto, no dia 19 de setembro de 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) concederam uma medida cautelar para suspender, até o julgamento de mérito, a aplicação do voto impresso no referido pleito.

A decisão do STF, unânime, ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4543, ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR).

³⁷¹TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Urna eletrônica. Voto impresso.* <http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica/urna-eletronica>. Acesso em 20 de abril de 2014.

O Congresso Nacional, representante autêntico do povo, editou a lei n. 12.034/2009 de modo a preservar direitos constitucionais do cidadão. Todavia, o guardião da Constituição, o STF, composto por 11 ministros, entendeu que o cidadão não tinha direito de ver seu próprio voto, ou seja, ter uma prova substancial nas mãos. Essa é mais uma questão que se exsurge da(?? Não sei se seria com preposição) composição do TSE, pois, constituído também por ministros do STF, as decisões desse último tendem a ser imparciais, em razão da passagem dos ministros do STF por aquele Tribunal.

Entende-se que é inadmissível a participação de Ministros do Supremo Tribunal Federal na composição do Tribunal Superior Eleitoral, porquanto os Ministros da Suprema Corte que tiveram participação do julgamento no Tribunal Superior Eleitoral irão repetir, no STF, o mesmo voto proferido na instância anterior, vulnerando, pois, a parcialidade que deve existir no julgamento de qualquer processo.

O que se tem visto, nos julgamentos de processos oriundos do TSE, é, sempre e sempre, os Ministros do STF, com assento no TSE, repetirem e confirmarem os votos já proferidos na instância inferior, havendo até, de parte de alguns, a exagerada preocupação na defesa da posição antes adotada, como se fora esta a correta, intocável e inatingível, ainda que vencedora por maioria escassa de votos. O TSE é instância inferior ao Supremo Tribunal Federal, jamais podendo abrigar a veleidade de querer equiparar-se a este último”³⁷².

O art. 134 do Código de Processo Civil dispõe que “*é defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão*”. Assim, o correto seria o Ministro do TSE que participou do julgamento naquela Corte Eleitoral dar-se por impedido no STF, em razão do disposto no supracitado artigo.

Além do mais, a repetição de Ministros do STF na composição da Corte do TSE fere o princípio do duplo grau de jurisdição. É imprescindível para que exista duplo grau de jurisdição, conforme Neves,³⁷³ a existência da distinção entre os órgãos jurisdicionais (juízes) que, respectivamente, proferem a primeira decisão e que a reexaminam.

³⁷² CRUZ, José Ribamar Ferreira da Silva. *Prejudicialidade decorrente da presença de Ministros do Supremo Tribunal Federal na composição do Tribunal Superior Eleitoral: previsibilidade de votos*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18638/prejudicialidade-decorrentedapresenca-deminstros-do-supremo-tribunal-federal-na-composicao-do-tribunal-superior-eleitoral-previsibilidade-de-votos>. Acesso em 20 de abril de 2014.

³⁷³ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de direito processual civil. São Paulo: Método, 2010. p. 549. In: “Parece não existirem maiores discussões a respeito do conceito de duplo grau de jurisdição, entendido como a possibilidade de revisão da solução da causa, ou seja, a permissão de que a parte possa ter uma segunda opinião concernente à decisão da causa. Essa possibilidade de reexame da decisão da causa constitui o elemento básico do princípio ora analisado. A polêmica sobre o conceito do princípio do duplo grau de jurisdição se refere à

Assim, tais decisões, tomadas verticalmente sem que haja consenso e nem diálogo, são injustas e arbitrárias, portanto elas somente tendem a enfraquecer a democracia.

Se o Brasil quis entrar na modernidade, com a utilização da tecnologia, deve estar disposto também a democratizar o conhecimento. Como se vê, o conhecimento técnico das urnas eletrônicas fica restrito aos técnicos do Tribunal Superior Eleitoral e a fabricação das urnas está restrita a uma empresa americana, Diebold³⁷⁴. Como se pode perceber, a tecnologia não é genuinamente brasileira. Há, nesse ponto, um risco de que a Justiça Eleitoral não esteja preparada para tanto, por ser um poder mais fechado. O risco, segundo Ulrich Beck, pode ser gerenciado, se apreendido e evitado; caso contrário, pode se tornar uma catástrofe. No exemplo, a catástrofe seria o afastamento do cidadão das grandes decisões e com isso a democracia sofreria um revés. Eis as ilações de Ulrich Beck:

As true as all such observations may be, they miss the most obvious point about risk: that is, the key distinction between risk and catastrophe. Risk does not mean catastrophe. Risk means the anticipation of catastrophe. Risks exist in a permanent state of virtuality, and only become 'topical' to the extent that they are anticipated. Risks are not "real", they are *becoming real* (Joost van Loon). At the moment that risks become real (for example, in the form of a terrorist attack), they cease to be risks and become catastrophes. Risks have already moved elsewhere: to the anticipation of further attacks, inflation, new markets, wars or *the reduction of civil liberties*. Risks are always events that are threatening. Without techniques of visualization, without symbolic forms, without mass media, etc., risks are nothing at all. In other words, it is irrelevant whether we live in a world which is in fact or in some sense objectively safer than all other worlds; if destruction and disasters are anticipated, then this produces a compulsion to act.

This, in turn, conceals an irony, the irony of the promise of security made by scientists, companies and governments, which, in wondrous fashion, contributes to an increase in risks. Finding themselves accused in public of countenancing risk, ministers jump into rivers or get their children to eat hamburgers in order to prove that everything is absolutely safe and under control, from which follows, as sure as night follows day, that every doubt cast, every accident, violates the basis of the unshakeable right to security, which appears to be promised³⁷⁵. (grifamos)

espécie de revisão pela qual passará a decisão da causa; mais especificamente, se a revisão deverá ou não ser feita por órgão jurisdicional hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão impugnada.”

³⁷⁴ Revista eletrônica Valor.econômico. <http://www.valor.com.br/arquivo/828171/diebold-e-alvo-de-acusacoes-de-fraude-contabil-nos-eua>. Acesso em 23 de dezembro de 2013. A companhia, que também venceu a maioria das licitações do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nos últimos anos, deve entregar 165 mil urnas ao governo até agosto. O contrato, avaliado em R\$ 204 milhões, prevê o fornecimento total de até 250 mil equipamentos. Em 2009, a subsidiária cresceu 15% em faturamento, atingindo R\$ 1,15 bilhão em vendas, sem incluir nessa conta as urnas eletrônicas. Mundialmente, a receita da Diebold foi de US\$ 2,7 bilhões no ano passado. A companhia tem mais de 17 mil funcionários distribuídos por 90 países. (Colaborou André Borges, de São Paulo).

³⁷⁵ BECK, Ulrich. *Vivir em La sociedad del riesgo mundial. Living in the world risk society*. Documentos CIDOB. Serie: Dinámicas interculturales. Número 8. Depósito legal: B-35.860-2004. ISSN: 1698-2568. Distribuye: Edicions Bellaterra, S. L. Navas de Tolosa, 289, bis, 08026 Barcelona, julho 2007, p. 37-38.

Ulrick Beck propõe uma democratização da ciência tecnológica; uma participação da sociedade na tomada de decisões a respeito dos riscos que ela queira correr e a desmonopolização da ciência. Afirma o autor:

Nesse modelo de desenvolvimento, invoca-se a tradição da modernidade, voltada à ampliação da autodeterminação. O ponto de partida é a avaliação de que, no processo de renovação da sociedade industrial, as possibilidades de autodeterminação democrática são reduzidas institucionalmente. inovações técnico-econômicas, enquanto motores da constante transformação social, são de saída excluídas das possibilidades democráticas de participação, controle e resistência. Estão portanto contidas no modelo diversas das contradições que irrompem atualmente. [...]. Visto que a ciência, que contribuiu decisivamente para colocar tudo isto em funcionamento, se desonera dos resultados e abriga-se ela própria em escolhas nas quais tudo acaba sendo de um jeito ou de outro transformado pela modernidade, trata-se então - esta é a conclusão a que chegamos - de tornar publicamente acessível essa base decisória, seguindo de fato as regras previstas no livro de receitas da modernidade: democratização. O calejado instrumental do sistema político deve ser ampliado de modo a abarcar condições exteriores a ele. Para tanto, muitas são as variantes concebíveis e já em discussão. O espectro de propostas abarca desde controles parlamentares sobre os avanços tecnológicos das empresas, passando por "parlamentos da modernização", nos quais planos sejam abordados, avaliados e oferecidos por bancadas interdisciplinares de especialistas, até a integração de grupos de cidadão no planejamento tecnológico e nos processos decisórios da política de pesquisa"³⁷⁶.

Poder-se-ia, um dia, chegar à conclusão de que, para promover esse diálogo, a realização das eleições não pode e nem deve estar a cargo do Poder Judiciário³⁷⁷, uma vez que

³⁷⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: Rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 332-333.

³⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; Antônio Carlos de Araújo Cintra; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 157-158 e 160. "O exercício do poder do Estado, quando dividido e distribuído por vários órgãos segundo critérios funcionais, estabelece um sistema de freios e contrapesos, sob o qual difícil se torna o arbítrio e mais facilmente pode prosperar a liberdade individual. É a célere separação de "Poderes", ainda hoje a base da organização do governo nas democracias ocidentais e postulado fundamental do Estado-de-Direito. [...].

Terceiro dos poderes do Estado na lição clássica de Montesquieu, o Judiciário não tem a importância política dos outros poderes mas ocupa um lugar de destaque entre os demais, quando encarado pelo ângulo das liberdades e dos direitos individuais e sociais, de que constitui a principal garantia.

A Constituição brasileira dedica-lhe o Cap. III do Tit. IV (art. 92, ss) e inscreve, entre os direitos e garantias individuais, o princípio da inafastabilidade da apreciação judiciária, segundo a qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inc. XXXV).

Principalmente em países que adotam o sistema da chamada jurisdição una (em que, contrariamente ao que ocorre onde há o contencioso administrativo, toda a função jurisdicional é exercida pelo Poder Judiciário, salvo raras exceções - v. n. seg.), avulta a importância do "terceiro poder", a quem é confiada a tutela dos direitos subjetivos até mesmo contro o Poder Público, e que tem a função de efetivar os direitos e garantias individuais, abstratamente inscritos na Constituição.

Os direitos fundamentais, formulados pela Constituição através de normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida só podem ser afirmados, positivados e efetivados pelos tribunais. E a regulamentação das relações jurídicas para a solução dos conflitos de interesses. É perante o Poder Judiciário, portanto, que se pode efetivar a correção da imperfeita realização automática do direito: vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo." [...]. Funções administrativas o Judiciário as exerce em variadas atividades inerentes ao autogoverno da Magistratura (Const., art. 96). Diante disso, podemos dizer que tudo quanto é atribuído ao Poder Judiciário tem caráter genérico de atividade

esse poder tem por essência decidir "dentro dos gabinetes", sem que haja discussões mais aprofundadas sobre a questão. Portanto, o Executivo e o Legislativo teriam o papel principal nesse palco. Ao Judiciário seria deixado o papel de agir somente após a ocorrência de ilícitos eleitorais, administrativos ou penais, pois essa é sua competência originária e precípua, desenhada pela Constituição e, ainda, preconizada pela teoria da tripartição dos poderes. Nesse passo, não seria demais esclarecer que uma "Agência Nacional Eleitoral, autarquia especial", pertencente ao Executivo Federal, poderia fazer melhor o papel de realizar eleições que o Judiciário, uma vez que estaria mais apta a democratizar as decisões e, inclusive, com o controle da Justiça Eleitoral.

Assim, podemos partir de duas premissas básicas: Se o Judiciário estaria legitimado para realizar eleições em uma Democracia e se a tecnologia poderia suplantar direitos fundamentais. Em ambas as hipóteses o princípio da precaução pode ser aplicado, segundo Jean Pierre Dupuy ao afirmar:

Quando um ator da "precaução" declara que, "em situação de riscos, uma hipótese não infirmada deveria ser tida provisoriamente como válida mesmo que ela não tenha sido formalmente demonstrada", a sua formulação vem arrastando toneladas de pressupostos filosóficos que se gostaria de ver explicitados" ³⁷⁸.

Prosseguindo, as duas hipóteses são umbilicalmente ligadas, pois a ausência de legitimidade do Judiciário para conduzir eleições no Estado Democrático de Direito, por não ter condições de manter um diálogo com a sociedade, e o fato de que a tecnologia, conduzida por esse mesmo Judiciário, não preparado, pode suplantar direitos fundamentais, são moedas de um mesmo reverso. O dano que o Judiciário, com o manuseio errôneo da tecnologia, poderia infligir à sociedade é colossal. Portanto, deve-se reverter o processo no sentido de dar uma chance à democracia. Desse modo, não cabe ao cidadão provar que o sistema é frágil, mas ao Judiciário provar que não é, inclusive, desapegando-se dele, deixando para outro Poder geri-lo.

Sobre a questão, Jean Pierre Dupuy acentua que:

Da mesma forma, o que há de mais conforme ao bom-senso, no caso de danos potencialmente graves ou irreversíveis, considerar que mais vale errar para o lado da imputação de nocividade do que no sentido oposto? Cabe, pois, ao inovador provar que o seu produto não é nocivo, a ausência de provas de que ele não seja é o

judiciária; esta compreende não só a função jurisdicional (precípua do Judiciário, mas também atribuída a outros poderes), como ainda, em casos excepcionais e restritos, a administrativa e a legislativa."

³⁷⁸ DUPUY, Jean-Pierre. *O tempo das catástrofes*: quando o impossível é uma certeza. São Paulo: É Realizações Editora, 2011, p. 108-109.

bastante em absoluto para estabelecê-lo como nocivo. Um estudo inglês centrado em artigos científicos sobre engenharia genética mostra, entretanto que eles cometem sistematicamente o sofisma da moeda registrado antes, muito embora aleguem estar aplicando o princípio de precaução. Essa inversão do ônus da prova seria exorbitante? Não, pois ela não implica de maneira alguma que fique estabelecida a inocuidade perfeita. Ir "além da dúvida razoável", isto é, levar a menos de 5% a probabilidade a priori de que os resultados de experiências que parecem confirmar a hipótese de inocuidade se devam ao acaso, supondo que a hipótese contrária ficasse comprovada, é uma tarefa cuja necessidade deveria ser reconhecida por todo indivíduo com mentalidade responsável. Cumpre provê-la de meios de pesquisa e de investigação suficientes. Todo mundo deveria concordar com isso sem dificuldade. O tipo de "catastrofismo" implicado na reversão do ônus da prova não extrapola assim em nada o perfeitamente razoável"³⁷⁹.

Deve-se, levando-se em contas essas premissas, a exemplo de Dupuy, idealizar o pior cenário. Nesse caso, seria o enfraquecimento da democracia, pelo menos no que tange aos direitos políticos e à hegemonia do Judiciário sob o Executivo e Legislativo, com o controle das "máquinas" que dizem quem ganhou as eleições e quem as perdeu. A sociedade deveria confiar nesse Poder na condução da tecnologia ainda não conhecida por completo?

Nesse ponto, expressa Dupuy ao comentar os argumentos de Catherine Larrère:

"Heurística do medo: vejam só que programa mais detestável, replica a crítica. Como é que se poderia deliberar, ou ao menos pensar, sob o domínio da angústia, tomado de pânico? Assim reage Catherine Larrère: "(...) a 'profecia da infelicidade' (...) exclui toda possibilidade de escolha. (...) A escolha do pior cenário proíbe todo debate democrático: sob a ameaça da catástrofe iminente, não se conseguiria deliberar." Creio ter detectado aqui um completo contrassenso. O ponto de partida de Jonas é, de forma totalmente oposta, o mesmo que o meu, a saber que a perspectiva da catástrofe não nos transtorna - não, não é nada disso! -, ela nos deixa totalmente indiferentes. Como Bergson até a véspera da declaração de guerra, a catástrofe nos parece impossível. É justamente para arrombar esse trinco, que pertence à metafísica, muito mais do que à psicologia, que Jonas apregoa o que é antes de tudo um método. A heurística do medo não é deixar-se levar por uma correnteza de sentimentos, abdicando da razão; é fazer de um medo simulado, imaginado, o revelador do que tem para nós um valor incomparável"³⁸⁰.

Assim, a sociedade deve temer o retrocesso, um enfraquecimento da democracia, o "fechamento do sistema", a falta de diálogo do Judiciário, a ponto de incumbir a outro Poder, que não o Judiciário, a realização das eleições, exatamente porque a tecnologia e a técnica³⁸¹

³⁷⁹ DUPUY, Jean-Pierre. *O tempo das catástrofes*: quando o impossível é uma certeza. São Paulo: É Realizações Editora, 2011, p. 112-113.

³⁸⁰ DUPUY, Jean-Pierre. *O tempo das catástrofes*: quando o impossível é uma certeza. São Paulo: É Realizações Editora, 2011, p. 115-116.

³⁸¹ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Segurança jurídica e crise no Direito. Coleção: Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 38-39. "Que dizer da técnica moderna? É ela também uma forma de desencobrimento, contudo, já não se dá em estreita conexão com essa relação originária que marca a produção como modo de deixar viger, e, sim, como uma exploração que desafia a natureza a fornecer recursos em uma séria dispositiva. Assim, o rio já não aparece em sua beleza contemplativa, ele já não é mais ouvido em seu correr sinuoso entre as rochas, ele já foi esquecido enquanto espaço do lazer infantil; o rio

podem ser melhor manipuladas pelo Executivo e Legislativo, talvez não controladas. Essa falta de diálogo já foi constatada pelo Presidente Lula, em 2003, quando disse que o Judiciário era uma “caixa preta”³⁸², referindo-se à falta de transparência do Judiciário. Mereceu, inclusive, da Ministra Eliana Calmon, então Corregedora do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2012, ao se referir à caixa preta do Judiciário, os seguintes comentários sobre um Poder até então intocável³⁸³:

“Encontramos em alguns tribunais desordem, corrupção, descaso, ou seja, encontramos de tudo no setor de precatórios. Ao deixar a Corregedoria, posso dizer que, pelo menos, despertei a atenção dos presidentes dos tribunais para a realidade. Hoje, eles sabem que são responsáveis diretos pelo setor, podendo até responder por crime de responsabilidade. Este alerta que foi dado aos tribunais foi o primeiro passo para começarmos a nos programar”;

Resta saber se realmente a “caixa preta” foi aberta e se a corrupção foi estancada por completo. Acredita-se que as ações da ex-Corregedora do CNJ foram apenas um alerta para o poder incontrolável que o Judiciário tem à sua disposição. Muito ainda deve ser feito para que esse Poder seja realmente transparente.

Portanto, tenha medo da tecnologia em mãos erradas, tema um Poder que não dialoga. Esse medo pode ser utilizado como termômetro para melhorar o futuro. Este medo não o deixa atônito a ponto de não saber pensar, pois é apenas reverberação do medo real, conforme Hans Jonas afirma³⁸⁴. Seria por esse motivo que poderiam ser retiradas do Poder Judiciário as

agora é apenas algo que se presta a movimentar as turbinas, as quais por sua vez, dispõem-se a produzir energia, que será transmitida e armazenada, tornando-se disponível para a indústria, e assim sucessivamente seguimos em uma séria quase infinita em que o próprio homem se torna um instrumento, um dispositivo para a técnica.

O grande risco dessa séria é que o homem, pensando ser o produto de tudo isso que é disposto, imagina-se senhor do mundo, mas em verdade ele aí não se encontra, já não se acha em nenhum desses aparatos técnicos; ao contrário, perde-se em meio a eles, também disponível (vejamos o exemplo do homem como consumidor, disponível para a indústria do consumo). Portanto, a técnica não é simplesmente o operar da ciência na construção de aparatos; muito do que isso, a técnica é esse desalojar do sentido, é esse encobrimento do mundo da vida, do espaço da existência em que a liberdade transparece como marca do humano.

Não estamos aqui nos referindo à ideia de liberdade em seu sentido usual, mas de liberdade como deixar viger o mundo. E é exatamente aí que a técnica nos estrangula, inviabilizando qualquer projeto existencial, pois todo sentido já se vê obstruído originariamente no âmbito da técnica, como modo de produção voltado para a disponibilidade. Todo e qualquer projeto instituído pelo homem já vem fundado e nivelado naquela cadeia de remissões dispositivas que suprimem a sua liberdade e obscurecem os possíveis sentidos de tudo aquilo que poderia aparecer. [...].”

³⁸² BRASIL. FOLHA DE SÃO PAULO. *Sombra do Poder. Presidente endossa frase de Lampião contra distorções da Justiça. Lula critica "caixa-preta" do Judiciário e defende controle.* <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2304200302.htm>. Acesso em 04 de abril de 2014.

³⁸³ BRASIL. JORNAL DO BRASIL. *Calmon deixa Corregedoria, e diz que "caixa preta" do Judiciário está aberta.* <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2012/08/30/calmon-deixa-corregedoria-e-diz-que-caixa-preta-do-judiciario-esta-aberta/>. Acesso em 04 de abril de 2014.

³⁸⁴ JONAS, Hans. Princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para civilização tecnológica. Editora PUC Rio, p. 70-71. In.: "Esse elo intermediário de união e a concretização, que descreve as situações futuras, não está separado da parte que se refere aos princípios fundamentais; ao contrário, ele está presente nesses próprios

atribuições de realizar eleições, ao partir da premissa que este Órgão não entende e não pode controlar a tecnologia/técnica? Deve-se olhar o presente entrelaçado ao futuro para se tentar antecipar o pior cenário. Dupuy assim se expressa:

Nem consequencialismo, nem deontologia. O que nos resta exatamente? Talvez fosse recomendável levar a sério a heurística do medo que nos propõe Jonas, bem como a ética do porvir, ou do futuro (Zukunft), que a acompanha.

A ética de Jonas não é consequencialista. Nós o compreenderemos melhor pelo que virá na sequência. Nesta altura, digamos que a razão profunda pela qual ela não é tem a ver com a direção do tempo. O consequencialismo procede do presente rumo ao futuro, como a etimologia de "consequência" demonstra claramente: o que acompanha vindo depois. A ética do futuro não é a que prevalecerá, ou deveria prevalecer no porvir. É a ética que constrói quando se olha o presente, o nosso presente, do ponto de vista do futuro. Essa inversão é que faz, no plano metafísico, a perfeita especificidade, a originalidade de profunda e a beleza da ética proposta por Jonas. [...] ³⁸⁵.

Por sua vez, Hans Jonas explica o que se deve entender por heurística do medo:

É nesse vácuo, que simultaneamente também é o vácuo do relativismo de valores atual, que a presente pesquisa assume posição. O que pode servir como bússola? A previsão do perigo. Antes de tudo nos seus relâmpagos surdos e distantes, vindos do futuro, na manifestação de sua abrangência planetária e na profundidade de seu comprometimento humano podem revelar-se os princípios éticos dos quais se permitem deduzir as novas obrigações do novo poder. Eu denomino isso "heurística do medo": somente então, com a antevisão da desfiguração do homem, chegamos ao conceito de homem a ser preservado. Só sabemos o que está em jogo quando

princípios, de modo heurístico. Assim como não saberíamos sobre a sacralidade da vida caso não houvesse assassinatos e o mandamento "não matarás" não revelasse essa sacralidade, e não saberíamos o valor da verdade se não houvesse a mentira, nem o da liberdade sem a sua ausência, e assim por diante - assim também, em nosso caso, na busca da ética da responsabilidade a longo prazo, cuja presença ainda não se detecta no plano real, nos auxilia antes de tudo a previsão de uma deformação do homem, que nos revela aquilo que queremos preservar no conceito de homem. Precisamos da ameaça à imagem humana - e de tipos de ameaça bem determinados - para, com o pavor gerado, afirmamos uma imagem humana autêntica. Enquanto o perigo for desconhecido não se saberá o que há para se proteger e por que devemos fazê-lo; por isso, contrariando toda lógica e método, o saber se origina daquilo contra o que devemos nos proteger. Este aparece primeiro e, por meio da sublevação dos sentimentos, que se antecipa ao conhecimento, nos ensina a enxergar o valor cujo contrário nos afeta tanto. Só sabemos o que está em jogo quando sabemos que isto ou aquilo está em jogo.

Pois assim se dão as coisas conosco: o reconhecimento do *malum* é infinitamente mais fácil do que o do *bonum*; é mais imediato, mais urgente, bem menos expostos a diferenças de opinião; acima de tudo, ele não é procurado: o mal nos impõe a sua simples presença, enquanto o bem pode ficar discretamente ali e continuar desconhecido, destituído de reflexão (esta pode exigir uma razão especial). Não duvidamos do mal quando com ele nos deparamos; mas só temos certeza do bem, no mais das vezes, quando dele nos desviamos. É de se duvidar que alguém, alguma vez, tenha feito o elogio da saúde sem pelo menos ter visto o espetáculo da doença, o elogio da decência sem ter encontrado a patifaria, e o da paz sem conhecer a miséria da guerra. O que nós não queremos, sabemos muito antes do que aquilo que queremos. Por isso, para investigar o que realmente valorizamos, a filosofia da moral tem de consultar o nosso medo antes do nosso desejo. E, embora aquilo que mais tememos não seja necessariamente o mais temível, e o seu contrário não seja, menos necessariamente ainda, o bem supremo (que pode ser inteiramente independente da oposição a um mal) - embora, portanto, a heurística do medo não seja a última palavra na procura do bem, ela é uma palavra muito útil. Sua potencialidade deveria ser plenamente utilizada, em uma área em que tão poucas palavras nos são dadas graciosamente."

³⁸⁵ DUPUY, Jean-Pierre. *O tempo das catástrofes*: quando o impossível é uma certeza. São Paulo: É Realizações Editora, 2011, p. 191.

sabemos que está em jogo. Como se trata não apenas do destino do homem, mas também da imagem do homem, não apenas de sobrevivência física, mas também da integridade de sua essência, a ética que deve preservar ambas precisa ir além da sagacidade e tornar-se uma ética do respeito³⁸⁶.

A dificuldade de diálogo entre instituições e cidadãos (no caso, entre Judiciário na condução da melhor tecnologia para realização de eleições) já foi colocada em xeque por Lenio Luiz Streck³⁸⁷ ao discorrer sobre a teoria de Habermas. Diferentemente de Lenio Streck, entende-se que não há obstáculo para esse diálogo no plano da administração, da gestão da coisa pública e da gestão da tecnologia. A questão não é simples. Todavia, deve-se ater à seguinte premissa: a liberdade somente é conhecida se vivenciada. Portanto, a democracia igualitária deve ser implantada para que o cidadão a vivencie, de modo a senti-la e fazer parte dela, realizando-a cotidianamente. Ora, "a vitória do cristianismo sobre filosofia grega³⁸⁸" se

³⁸⁶ JONAS, Hans. *Princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para civilização tecnológica*. Editora PUC Rio, p. 21.

³⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 157-158. "Daí a indispensável indagação: como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Mais: como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? Por tais razões, Ackerman indaga: pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se estão passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo? "Minha resposta é não", vai dizer Ackerman: se você está de acordo, este primeiro fundamento lhe permite preparar um caminho conceitual para considerar até onde os juízes deveriam estar facultados constitucionalmente para intervir também nessas questões. Por conseguinte, a concessão de uma faculdade semelhante pode ver-se limitada por toda a sorte de considerações predicais. Porém, o que interessa aqui, acentua o professor norte-americano, são os princípios básicos: ao habilitar os juízes para insistir em um "piso democrático" na avaliação de medida de bem-estar e educacionais propostas pelos governantes, não se está advogando a "morte do político", e, sim, a sua reorganização e extensão, que deve abarcar desde um interesse pelo centro de decisões até a proteção da vida política que se experimenta na periferia.

No fundo, quando Habermas apresenta sua tese do sujeito autônomo, coloca-se ao lado da realidade, pondo-a entre parênteses, embora, evidentemente, não a negue. A exemplo de Husserl, Habermas não visa à realidade como uma construção ontológica, mas como necessidade de ser recuperada pela descrição dos atos conscientes, da consciência transcendental. Nesse sentido, o lugar da autonomia exsurgiria de um como (wie) dos fenômenos sociais. Esse como (wie) assume uma característica epistemológica, em que o procedimento é o meio para alcançar essa autonomia do sujeito.

Essa minha crítica é contestada, entre outros, por Gesta Leal, ao dizer que "a possibilidade de emancipação humana dos grilhões conjunturais que aprisionam o sujeito histórico habermasiano se viabiliza pela (hipótese-argumentativa) capacidade racional de interlocução caracterizadora do homem moderno, operada a partir de procedimentos e instâncias democrático-igualitárias compromissadas com o entendimento persuasivo dos melhores argumentos. De minha parte, continuo a indagar: como se constroem esses procedimentos e instâncias democrático-igualitárias, por exemplo, na África, no Brasil ou na Bolívia? Essa pergunta parece de difícil resposta. Aliás, não há registros de que já tenha sido proposto um discurso de fundamentação (prévio) acerca de como devem ser esses procedimentos e de que modo se forma a condição ideal de fala, como função contrafática.

Por isso, a minha insistência no sentido de que a teoria habermasiana não se destina a países como o Brasil, em que as condições para a formulação dos requisitos que levarão à emancipação dos sujeitos sociais são absolutamente precárias. Aliás, repita-se - e se faça justiça a Habermas: sua preocupação não é com o Brasil, conforme ele mesmo deixou claro em conferência no Rio de Janeiro há alguns anos. E não consta que tenha corrigido a assertiva de lá para cá."

³⁸⁸ FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Tradução Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 78-96.

deu com a premissa de que os homens são iguais em dignidade³⁸⁹, contrariando o que a filosofia grega pregava à época, ou seja, a existência de uma hierarquia entre os homens, o que, inclusive, legitimava a escravidão. E, porventura, essa premissa fundida há milênios ainda não vigora até nossos tempos? Naturalmente que sim, mas em menor ou maior grau, dependendo da sociedade.

Vale o alerta da autora Ingeborg Maus que assim se expressa:

A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso [...] é alcançado por meio da centralização da consciência social na Justiça. [...]. Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.³⁹⁰

Mesmo nos países desenvolvidos, o cidadão dito esclarecido não vivencia uma democracia igualitária, pois a tomada de poder passa por grandes organizações, tais como partidárias, religiosas, sindicais. Aí, não há a desculpa de que o cidadão não tem condições culturais ou educacionais. Portanto, a questão não passa pelas condições precárias, tais como pobreza ou falta de instrução do cidadão, mas sim pela obrigação de colocar à disposição do povo o que lhe é de direito. Seu entendimento acerca do funcionamento da política, da economia, da sociedade como um todo, ocorrerá paulatinamente, na medida em que se aprofunda no emaranhado da (re)construção diária do homem político³⁹¹.

³⁸⁹ FERRY, Luc. Aprender a viver: filosofia para os novos tempos. Tradução Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 96. "O cristianismo vai trazer até ela a noção de que a humanidade é fundamentalmente uma e que os homens são iguais em dignidade - ideia incrível na época, e da qual nosso universo democrático será em parte herdeiro. [...]."

³⁹⁰ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Novos estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, novembro 2000, p. 186-187.

³⁹¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 337-338. "Por trás da mudança histórica, ocultam-se também pontos de partida para uma democratização estrutural consideravelmente mais manejável. Esta teve seu início com o princípio da divisão dos poderes (e, nessa medida, já está contida no modelo da sociedade industrial), tendo sido ampliada, entre outras razões, por conta da liberdade de imprensa. O fato de que o sistema econômico seja um campo no qual não só avanços são gerados sob a forma de imprevistos efeitos colaterais do interesse próprio e de necessidades técnicas, mas também a sólida (sub)política é praticada no sentido de uma transformação política igualmente possível por outros meios, é algo que se acaba por se desvelar, no mais tardar hoje, a partir do momento em que a "necessidade técnico-econômica" da emissão de poluentes subitamente se reduz, sob pressão pública, a uma de várias outras possibilidades decisórias. O fato de que a situação por trás das paredes da esfera privada nem sempre teve de seguir os padrões do casamento e da família, dos papéis masculino e feminino, é algo de que qualquer um historicamente ilustrado já havia suspeitado, mas que somente por meio das destradicionalizações pôde ser integrado à esfera do conhecimento e, mais ainda: das decisões. Ao legislador não se concede nem o direito e nem a possibilidade de intervir neste aspecto. O "governo paralelo da privacidade" pode modificar aqui e agora as relações de convivência sem ter de recorrer a projetos de lei ou a fórmulas decisórias, e efetivamente o faz, como demonstram as expansivas, oblíquas e cambiantes condições de vida.

A visão sobre esse processo é obstruída cada vez mais pela intactamente preservada fachada de realidade da sociedade industrial. A avaliação defendida aqui é a seguinte: atualmente, escancaram-se os monopólios que surgiram com a sociedade industrial, estando incrustados em suas instituições, escancaram-se

Nesse processo, os adversários são os próprios poderes constituídos. Caso não se repense as funções da Justiça Eleitoral no Brasil, poderá haver um grande retrocesso na consecução de alguns direitos fundamentais do cidadão, tais como: democracia, publicidade e participação efetiva do cidadão na política. Desse modo, acertadas as palavras de Dupuy acerca dessa luta do homem contra o homem:

A humanidade não está envolvida em um jogo MAD com adversários cujo nome seria a Natureza, a Técnica ou o tempo. Se, como Édipo, a humanidade partisse em busca do culpado, é ela própria que encontraria no fim do caminho. É só com ela mesma que ela tem de haver-se por trás das mediações naturais e artificiais que evitam que os homens caiam uns sobre os outros se matando em uma confusão geral. Nessa história toda só há um protagonista, mesmo que o mal que o espreita tome a forma do destino. Esse destino não é um sujeito e ele não tem intenções. Porém a situação de “destruição mútua garantida” terá tido a mesmíssima estrutura. Sob a aparência de dois gêmeos inextricavelmente ligados pela sua rivalidade mimética, encontra-se um só ator, a humanidade uma vez mais, às voltas com a sua própria violência, que toma a forma de um destino apocalíptico. Nos dois casos, o mal não é nem assinado nem reivindicado. Ele é sem intenção. A astúcia consiste não em revelar que ele não existe, mas em agir como se fôssemos as suas vítimas, conservando a consciência clara de que somos a causa única do que acontece conosco. Esse jogo duplo, esse estratagema, é talvez a condição necessária da nossa salvação”³⁹².

Norberto Bobbio acertadamente aponta, pelo menos, três razões para a crise da democracia:

Quando comparada à democracia de inspiração rousseauística, com efeito, a participação popular nos Estados democráticos reais está em crise por pelo menos três razões: a) a participação culmina, na melhor das hipóteses, na formação da vontade da maioria parlamentar; mas o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, frequentemente, uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar; b) mesmo que o parlamento ainda fosse o órgão do poder real, a participação popular limita-se a legitimar, a intervalos mais ou menos longos, uma classe política restrita que tende à própria autoconservação, e que é cada vez menos representativa; c) também no restrito âmbito de uma eleição *una tantum* sem responsabilidades políticas diretas, a participação é distorcida, ou manipulada, pela propaganda das poderosas organizações religiosas, partidárias, sindicais, etc., A participação democrática

monopólios, mas nenhum mundo desmorona: o monopólio de racionalidade da ciência, o monopólio profissional dos homens, o monopólio sexual do casamento, o monopólio político da política. Tudo isto fragiliza-se pelas mais diversas razões, produzindo efeitos bastante variados, imprevisíveis, ambivalentes. Mas cada um desses monopólios também contradiz os princípios que foram implementados com a modernidade. O monopólio de racionalidade da ciência excluiu o autoceticismo. O monopólio profissional dos homens opõe-se às demandas universalistas por igualdade, sob cujo manto a modernidade teve início, e por aí adiante. Isto também significa: muitos riscos e questões emergem na continuidade da modernidade, sendo validados contra a contração de seus princípios no projeto da sociedade industrial. O outro lado da incerteza que a sociedade de risco lança sobre a atormentada humanidade é a chance de que mais da igualdade, da liberdade e da autodeterminação que a modernidade promete seja obtido e ativado contra as limitações, os imperativos funcionais e o fatalismo do progresso da sociedade industrial. [...].”

³⁹² DUPUY, Jean-Pierre. *O tempo das catástrofes: quando o impossível é uma certeza*. São Paulo: É Realizações Editora, 2011, p. 255-256.

deveria ser eficiente, direta e livre: a participação popular, mesmo nas democracias mais evoluídas, não é nem eficiente, nem direta, nem livre. Da soma desses três déficits de participação popular nasce a razão mais grave de crise, ou seja, a apatia política, o fenômeno, tantas vezes observado e lamentado, da despolitização das massas nos Estados dominados pelos grandes aparelhos partidários. A democracia rousseauísta ou é participativa ou não é nada³⁹³.

Por isso, afirma-se que o problema da não participação do cidadão na tomada de decisão da gestão administrativa ou mesmo no processo jurisdicional não passa pelas condições de país de terceiro mundo, mas sim pelo afastamento do cidadão da administração pública pelas organizações que realmente detêm o poder. Aí se incluem partidos, sindicatos, os poderes constituídos, Judiciário, Legislativo e Executivo, etc. Os cidadãos são alijados de seus direitos por aqueles que dizem que eles (cidadãos) não conseguem entender a República como um todo. Assim, necessitam de interlocutores tais como: Partidos, Organizações não governamentais, Ministério Público, etc. Vale lembrar o alerta de Maciel Júnior, citado por Roberta Maia Gresta, *et al*, que "coloca nas mãos de interlocutores autorizados a prerrogativa de, a partir de sua própria percepção, definir o sentido do que seja o interesse de toda a coletividade"³⁹⁴.

Deve-se perguntar se a Justiça Eleitoral como integrante do Poder Judiciário está preparada para conduzir a utilização da tecnologia de forma democrática como é necessário num país em que a democracia tem caráter fundante³⁹⁵. Para a condução desse processo, necessário se faz o diálogo com toda a sociedade civil, papel historicamente reservado ao Executivo e Legislativo. Ao Judiciário é reservado papel importante, também, qual seja, dirimir os conflitos existentes entre as várias pessoas componentes do Estado, sendo certo que ao STF, como Tribunal Constitucional, incumbe a salvaguarda da Constituição Federal.

O processo eletrônico de votação, iniciado com a Justiça Eleitoral, somente deve continuar sob a sua batuta, caso haja uma maior abertura; caso contrário, podem-se subtrair dos cidadãos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, tais como o direito à democracia e à publicidade.

A tecnologia/técnica deve ser levada ao conhecimento do cidadão para que ele possa opinar sobre o melhor modelo para o país. Esse amplo diálogo passa pelos verdadeiros

³⁹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Goutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 151.

³⁹⁴ GRESTA, Roberta Maia, Lara Marina Ferreira e Mariana Sousa Bracarense. Coletânea de artigos jurídicos Nap 2011. Igor Alves Noberto Soares, *et al*, (organizadores). *Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral*. 1ª edição. Curitiba, PR: CRV, 2012, p. 235.

³⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial. Fundamentos de Direito*. Tradução Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. 1ª edição. Editora Revista dos Tribunais, p. 102.

interlocutores: os cidadãos. Isso ocorre também no processo judicial em que os interessados são alijados de seu direito de participação.

8.3 Processo eletrônico: Forma de acesso ao processo aos interessados difusos

Muitos poderiam dizer que seria impossível trazer todos os interessados difusos no processo coletivo, exatamente em razão de inúmeros interessados. O Juízo ficaria abarrotado de petições e seria quase impossível ler todas e separar todos os argumentos. Todavia, deve-se atentar que não se podem fazer concessões na democracia para propiciar a participação de toda sociedade no processo judicial. Mencione-se que a questão hodiernamente não é de difícil solução devido ao alto grau de tecnologia que os países possuem, inclusive, o Brasil.

Nesse ponto, Roberta Maia Gresta assim se posiciona:

Afinal, se já se estabeleceu, com amparo em consistente diretriz epistemológica, a precedência da enunciação das teorias em relação à configuração das técnicas, não pode a insuficiência do desenvolvimento técnico emular-se em argumento que pretenda desconstruir a teoria. Ao contrário: enquanto a proposição teórica mostrar-se resistente, deve esta comandar o direcionamento do esforço de desenvolvimento técnico.

Em outras palavras, a dificuldade prática de acomodação de potenciais multidões na ação temática eleitoral não se convola em argumento para negar ou ignorar que: a) a abertura dos procedimentos eleitorais de caráter coletivo à participação jurídica ampla dos interessados é indissociável da compreensão democrática da Cidadania; e que b) a ação temática é técnica procedimental compatível com essa compreensão. Se remanesce em aberto o desafio da implementação dos meios materiais necessários à viabilização da ação temática eleitoral, este se coloca como um problema a ser enfrentado pela reformulação do avanço tecnológico³⁹⁶.

Abordamos no item anterior a utilização da tecnologia das urnas eletrônicas de forma errônea pela Justiça Eleitoral. A crítica que fizemos diz respeito à manipulação da tecnologia sem a oportuna interferência da sociedade. Todavia, a tecnologia utilizada para o aperfeiçoamento do processo jurisdicional é uma outra questão. O Judiciário brasileiro ainda caminha a passos curtos na utilização da tecnologia para otimizar os processos judiciais.

A lei n. 9.800/99³⁹⁷ permitiu o envio de petições ao Juízo por fac-símile ou similar, desde que os originais fossem remetidos à Justiça no prazo de cinco dias.

³⁹⁶GRETA, Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 230-231.

³⁹⁷BRASIL. Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999. www.planalto.gov.br. Acesso em 21.06.2014.

Já a lei n. 11.280/2006³⁹⁸ alterou os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, introduziu no processo civil a possibilidade de prática de atos processuais por meio de meios eletrônicos, "atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras - ICP - Brasil."

Todavia, foi a lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006³⁹⁹, que estabeleceu a informatização do processo judicial brasileiro. Em seu art. 8º, que trata do processo eletrônico, prevê que: "Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas".

Mais recentemente, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução n. 185, de 18 de dezembro de 2013, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe, como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabeleceu os parâmetros para sua implementação e funcionamento⁴⁰⁰.

Cumprir mencionar que o CNJ deu um passo enorme ao disciplinar a prática de atos processuais por meio eletrônico. No entanto, o Poder Judiciário tem um posicionamento tão retrógrado quanto à utilização da *internet* como forma de expandir a participação dos interessados no processo judicial.

Em contraste a essa paralisia do Judiciário brasileiro, grandes universidades do Brasil e do mundo já possuem tecnologia utilizada no ensino à distância⁴⁰¹ que consegue atingir centenas de milhares de estudantes. Essa tecnologia empregada por essas Universidades permite que alunos do mundo inteiro possam, por exemplo, fazer um curso na Universidade da Flórida. Os trabalhos, provas e exercícios são acessados pela *internet* e enviados com segurança para correção por meio da própria *internet*.

Então, por que o Poder Judiciário ainda não evoluiu a esse ponto? Por que não foi colocada em prática pelo Poder Judiciário a utilização dos meios eletrônicos de forma mais abrangente? No entanto, a resposta a essas perguntas não é simples.

³⁹⁸ BRASIL. Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. www.planalto.gov.br. Acesso em 21.06.2014.

³⁹⁹ BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, *que dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências*. www.planalto.gov.br. Acesso em 21 de junho de 2014.

⁴⁰⁰ BRASIL. *Resolução n. 185, de 18 de dezembro de 2013*, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. www.planalto.gov.br. Acesso em 21.06.2014.

⁴⁰¹ No Brasil, o ensino à distância foi regulamentado pelo Decreto n. 5.622, de 19 de dezembro de 2005.

Como já dito anteriormente, o Poder Judiciário, como um poder fechado, resiste às mudanças, diferentemente do Executivo e Legislativo, que absorvem mudanças mais facilmente.

Já existe a lei do processo eletrônico que dá suporte jurídico à utilização da rede mundial de computadores na condução do processo judicial. Assim, não mais se justificam os argumentos contra a abertura do processo aos interessados difusos em razão de questões técnicas.

O Poder Judiciário, como já dito, tem excluído os reais interessados no processo coletivo, ou seja, os cidadãos, quer não abrindo a urna eletrônica à fiscalização da sociedade, quer não envidando esforços para introduzir o procedimento eletrônico, por meio da *internet*, para possibilitar o ingresso de todos os interessados difusos no processo judicial.

Deve-se relatar que a Justiça Eleitoral tem utilizado tecnologia avançada há algum tempo para promover segurança nas eleições, haja vista ao sistema eletrônico de votação sofisticado. Essa constatação é clara, pois essa Justiça gere o cadastro eleitoral, que possui dados de 141, 4 milhões de pessoas⁴⁰² (dados de abril de 2013).

O cadastro eleitoral é integrado nacionalmente e foi implantado pela Lei n. 7.444, de 20 de dezembro de 1985, que dispôs sobre a introdução do processamento eletrônico de dados no alistamento eleitoral (antes mesmo da promulgação da Constituição Cidadã de 1988).

Hoje, é um dos maiores cadastros de dados de cidadãos do Brasil. Essa lei encontra-se regulamentada pela Resolução nº 21.538, de 14 de outubro de 2003 - Brasília – DF, que dispõe sobre o alistamento e serviços eleitorais, mediante processamento eletrônico de dados, a regularização de situação de eleitor, a administração e a manutenção do cadastro eleitoral, o sistema de alistamento eleitoral, a revisão do eleitorado e a fiscalização dos partidos políticos, entre outros.

Igualmente, o Sistema de Filiação Partidária informatizado, com o sistema ELO, e, ainda, o cadastramento biométrico, previsto na Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009, regulamentada pela Resolução n. 23.335/2011, que está prevista para terminar em 2017. A biometria tem finalidade de dar mais segurança à votação.

Toda essa tecnologia tem sido usada para melhorar a vida do cidadão/eleitor. Cumpre ressaltar que não falta vontade política para que outras áreas da tecnologia tenham desenvolvimento de alto nível, como bem salientado por Roberta Maia Gresta:

⁴⁰²BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Biometria e urna eletrônica*. [Http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica](http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica). Acesso em 23.06.2014.

Esse direcionamento estatal de desenvolvimento tecnológico faz-se sentir no âmbito da função judicial eleitoral: a urna eletrônica, o Cadastro Eleitoral nacionalmente integrado, o Sistema de Filiação Partidária informatizado e, mais recentemente, o cadastramento biométrico ilustram os investimentos feitos em uma tecnologia que não é minimamente cogitada como instrumental da democratização dos procedimentos eleitorais⁴⁰³.

De fato, quando foi promulgada a Constituição Federal, os avanços tecnológicos não permitiam pensar em procedimento realizado eletronicamente, por meio da *internet*. Deve-se, porém, atentar que a Constituição é prospectiva. Ela tem um olhar para o futuro. O futuro se faz presente. Hoje, existe a tecnologia para que a participação dos interessados difusos no processo coletivo não fique apenas no papel. A sociedade hodierna se estrutura em redes nas palavras de Manuel Castells, o qual afirma que:

A sociedade em rede, em termos simples, é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes. A rede é a estrutura formal (vide Monge e Contractor, 2004). É um sistema de nós interligados. E os nós são, em linguagem formal, os pontos onde a curva se intersecta a si própria. As redes são estruturas abertas que evoluem acrescentando ou removendo nós de acordo com as mudanças necessárias dos programas que conseguem atingir os objectivos de *performance* para a rede. Estes programas são decididos socialmente fora da rede, mas a partir do momento em que são inscritos na lógica da rede, a rede vai seguir eficientemente essas instruções, acrescentando, apagando e reconfigurando, até que um novo programa substitua ou modifique os códigos que comandam esse sistema operativo⁴⁰⁴.

Portanto, vivenciamos o momento perfeito para dar efetividade ao direito fundamental do cidadão de participar diretamente no processo coletivo, sem que necessite de entes que o substituam nesse direito somente seu.

⁴⁰³ GRESTA, Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 233.

⁴⁰⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. Do conhecimento à política*. Conferência promovida pelo Presidente da República- 4 e 5 de Março de 2005. Centro Cultural de Belém. Livro organizado por Manuel Castells Professor de Comunicação, Tecnologia e Sociedade na Wallis Annenberg School of Communication, Universidade do Sul da Califórnia, Los Angeles e Professor e Investigador na Universidade Aberta da Catalunha (UOC), Barcelona. Gustavo Cardoso Professor de Ciências da Informação e Comunicação, Departamento de Ciências e Tecnologias de Informação, ISCTE, Lisboa, Portugal. Imprensa Nacional - Casa da Moeda, p. 20.

9. A TEORIA DA AÇÃO TEMÁTICA

Adotamos como marco teórico a teoria da ação temática⁴⁰⁵, trabalho de Pós-doutorado realizado pelo professor Vicente de Paula Maciel Júnior⁴⁰⁶. Esta é a mais adequada ao processo coletivo no âmbito eleitoral, tendo em vista que os fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados difusos são da própria essência do Estado Democrático de Direito, isto é, os direitos políticos que sustentam toda e qualquer democracia.

Propusemos desenvolver nessa pesquisa a natureza coletiva do Direito Eleitoral para, então, extrair a legitimação para agir, que teve como diretriz a tese de Vicente de Paula Maciel Júnior ao concluir que todos os interessados difusos devem participar do mérito do processo coletivo.

Assim, a teoria das ações temáticas propõe um novo modelo para as ações coletivas como ações temáticas, desenvolvida, mormente, para os direitos difusos, mas, entendemos que também se aplica aos direitos coletivos *strictu sensu*.

Para chegar a essa conclusão, o autor faz uma reavaliação dos conceitos de direito e interesse formulados por Ihering. Aprofunda, então, no estudo da legitimação para agir e faz uma leitura à luz do Estado Democrático de Direito. Realça, também, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental, insculpido na Constituição Federal de 1988.

Exporemos sucintamente a tese do autor Vicente de Paula Maciel Júnior, dividindo-a em tópicos a exemplo de Natália Chernicharo Guimarães, que assim o fez, em sua dissertação⁴⁰⁷, tendo em vista que é mais didático e de fácil apreensão.

9.1 Interesse e Direito

⁴⁰⁵ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006.

⁴⁰⁶ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 11. “O autor é Professor Adjunto III da PUC/MINAS, onde ministra aulas de Direito Processual Civil nos cursos de graduação e pós-graduação, tendo criado a cadeira denominada Direito Processual Coletivo. Juiz do Trabalho de Belo Horizonte. É Pós-doutor pela Universidade de Roma “La Sapienza”, onde desenvolveu projeto de pesquisa sobre a “Teoria das Ações Coletivas como ações temáticas”, partindo da construção do conceito de direito e interesse e da negação da validade científica do conceito de direito subjetivo.”

⁴⁰⁷ GUIMARÃES, Natália Chernicharo. *A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2010.

Vicente de Paula Maciel Júnior propõe em sua tese a reavaliação dos conceitos de direito subjetivo e interesse formulados por Ihering, sendo o interesse tratado por este autor como "componente do conceito de direito"⁴⁰⁸.

Segundo Maciel Júnior, para Ihering "o direito é o interesse juridicamente tutelado. Essa proposição vem sendo repetida ao longo dos anos e incorporada em diversas legislações, sem uma maior análise crítica de sua validade e principalmente de suas consequências no campo do direito"⁴⁰⁹.

O autor pontua que o estudo de Ihering explicou o direito subjetivo sob a perspectiva individualista, em razão de ele ter vivido em uma "época de afirmação do indivíduo perante o Estado centralizador e forte." Diferentemente, na atualidade, vivemos sob a égide do Estado Democrático de Direito, no qual se reconhece formalmente o direito de participação "nos processos decisões que nos interessam."⁴¹⁰

Segundo Maciel Júnior, o estudo do interesse teve seu apogeu com os autores utilitaristas, Jeremy Bentham e Rudolf Von Ihering.

O autor, ao citar Bentham, afirma que:

Submete, Jeremy Bentham, os interesses do indivíduo ou da comunidade, ao fato de estarem ou não adequados ao princípio da utilidade, servindo de critério para se verificar se o ato praticado está cumprindo a finalidade de proporcionar o maior prazer possível. Bentham (1974, p. 10) entende que o interesse da comunidade é a soma dos interesses dos diversos membros que integram, e que, portanto, é inútil falar-se em interesse da comunidade se não se compreender qual é o interesse do indivíduo"⁴¹¹.

Para o autor, a "concepção de Bentham sobre o interesse pressupõe sempre a vinculação à manifestação do indivíduo, embora esta esteja submetida ao princípio da utilidade"⁴¹².

Relativamente a Ihering, Maciel Júnior aduz que para este autor a formação do direito se dava por dois elementos, um substancial e outro formal, vinculando sua definição à ideia de bem e, ainda, define direitos como "interesses juridicamente protegidos"⁴¹³.

⁴⁰⁸ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 19.

⁴⁰⁹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 19.

⁴¹⁰ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 19.

⁴¹¹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 21.

⁴¹² MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 21.

Maciel Júnior ressalta a "influência do pensamento de Ihering na classificação dos interesses e direitos", destacando o pensamento de vários autores brasileiros e estrangeiros acerca do tema, que não destoam dos primeiros estudos de Ihering. Assim, Maciel Junior faz uma incursão acerca das definições de "interesse ou direito individual; interesse ou direito público; interesse ou direito geral ou coletivo; interesse ou direito coletivo *stricto sensu*; interesses ou direitos legítimos; interesses ou direitos difusos."⁴¹⁴

Maciel Júnior faz várias críticas à classificação do direito e interesse segundo a teoria de Ihering e afirma que: "A classificação dos interesses e direitos até hoje admitida na doutrina com fulcro na doutrina de Ihering, como pudemos constatar, faz indistintamente menção a eles como uma só coisa"⁴¹⁵.

Maciel Júnior⁴¹⁶ assevera que o interesse existe mesmo antes do direito e não se pode equiparar direito e interesse, pois haverá situações incompatíveis em que direitos difusos se contrapõem a direitos individuais. O referido autor nos fornece o seguinte exemplo:

Consideremos a hipótese em que a entidade estatal de controle ambiental, fundada em legislação que lhe confere o poder de fiscalização para autuação e aplicação de sanções, embarga a atividade de determinada empresa siderúrgica que polui o meio ambiente e ofende as normas vigentes quanto ao setor. Temos a entidade estatal que atua com poder de polícia e de acordo com o direito legislado, na tutela das situações jurídicas previstas nas normas. Temos os interessados difusos na qualidade do meio ambiente, que são atingidos pela atuação da entidade estatal e, mesmo que não tivessem se manifestado ou percebido por ele. Teríamos ainda o interesse da empresa na manutenção e exercício de sua atividade comercial, que estaria comprometida e poderia gerar o seu encerramento. Teríamos ainda os trabalhadores da empresa, que estariam atingidos individualmente em seus interesses de manutenção do emprego.

Podemos identificar uma série de interessados na situação descrita, como a entidade estatal que estaria no cumprimento de seus fins institucionais; os diversos cidadãos interessados atingidos pela medida em sua esfera individual; a empresa interessada na manutenção de sua existência e de sua atividade comercial; os empregados da empresa interessados na manutenção de seus empregos. Atente-se que o embargo aplicado à atividade que ofende ao meio ambiente objetiva proteger

⁴¹³ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 23. "Para Ihering, o princípio do direito era formado de dois elementos, sendo um o substancial, em que reside o fim prático do direito, produzindo uma utilidade. O outro é o formal, referindo-se a esse fim unicamente como meio, ou seja, proteção do direito, ação da Justiça, que funciona como mecanismos garantidores do primeiro. Em famosa frase, Ihering define os direitos como interesse juridicamente protegidos. Segundo Ihering, qualquer definição de direito que não parta da idéia de bem, em sentido amplo, pecaria por falta de base. Bem seria toda coisa que nos possa servir para algo. À idéia de bem estariam unidas as noções de valor, que expressaria a medida de sua utilidade, e a de interesse, cuja noção pressupõe o valor em sua relação particular com o sujeito e seus fins. Um direito que por si mesmo possui um valor, pode não tê-lo para outro sujeito. (Ihering, 1946, p.182.)"

⁴¹⁴ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 24-37.

⁴¹⁵ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 38.

⁴¹⁶ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 38.

inclusive a saúde dos empregados da empresa, mas eles têm um interesse imediato na manutenção do emprego"⁴¹⁷.

Assim, a partir do caso hipotético, Maciel Júnior diz que todos os interessados podem se manifestar e não se pode afirmar a existência de um direito de qualquer dos interessados. Afirma, ainda, que "somente após o devido processo legal e a manifestação judicial é que poderemos falar em direito de qualquer dos envolvidos. Deverá haver o necessário processo judicial de validação do interesse para sua transformação em direito"⁴¹⁸.

Prossegue o autor em tela:

O interesse, desse modo, sempre será um momento anterior à formação do próprio direito. O direito pressupõe um processo de validação do interesse pela sociedade, seja pelo consenso e respeito à manifestação do interesse individual, seja pela adoção de um processo de validação substitutivo do processo de validação espontâneo da sociedade, que é o processo judicial"⁴¹⁹.

Maciel Júnior assevera que "os interesses são manifestações unilaterais de vontade de um sujeito em face de um ou mais bens"⁴²⁰. Assim, os interesses são sempre individuais, diferindo do direito que necessitaria de um "processo social de validação" ou sem suas palavras:

Os interesses nunca se confundirão com os direitos, visto que os primeiros sempre serão manifestações individuais de vontade, enquanto os direitos pressuporão sempre um processo social de validação e reconhecimento da legitimidade dos interesses manifestados"⁴²¹.

O mencionado autor ainda faz a seguinte crítica: "Em verdade não haveria interesses difusos ou coletivos, porquanto admitimos que os interesses são sempre individuais, sempre ocorrem e se exaurem na esfera particular do indivíduo. Os interesses são manifestações, afirmações unilaterais da vontade em face de bens"⁴²².

⁴¹⁷ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 38.

⁴¹⁸ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 39.

⁴¹⁹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 43.

⁴²⁰ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 39.

⁴²¹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 43.

⁴²² MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, 43.

Assim, embora interesse e direito não se confundam, segundo Maciel Júnior, há um inter-relacionamento entre ambos, pois o direito pressupõe um interesse anterior, mas nem todo interesse "gerará a formação de um direito"⁴²³.

Portanto, o autor vaticina: "Os direitos são, por sua vez, as situações jurídicas reconhecidas por um processo de validação de interesses manifestados perante a sociedade ou perante o Estado-juiz"⁴²⁴.

Sustenta, também, o autor que:

"Os direitos nascem da aceitação, do consenso sobre as manifestações dos interesses dos sujeitos, ou do reconhecimento compulsório da validade do interesse manifestado pelo sujeito e admitido pelo juiz em uma sentença.

Os interesses pertencem a uma fase pré-lógica, antecedente, e nunca se confundirão com os direitos, que exigem um processo de validação, de legitimação dos interesses na sociedade para que possam ser chamados de direito"⁴²⁵.

Nesse ponto, Maciel Júnior faz uma ressalva ao afirmar que não existem interesses coletivos e difusos e explica:

Negamos em diversas oportunidades em nossa exposição a existência de interesses coletivos e difusos. Sob o nosso prisma, os interesses são sempre individuais e, se assim é, não há como reconhecer eu a manifestação individual do interesse de uma parte em face de um bem possa ser difusa. O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção. Até mesmo a difundida expressão "interesses difusos" foi idealizada tomando por pressuposto básico os sujeitos, para ressaltar que, com relação a essa espécie de interesses não há como identificar cada um daqueles possíveis interessados⁴²⁶.

O autor⁴²⁷ diz que o que existe é o direito "coletivo", "difuso", "individual homogêneo", por isso, podem-se classificar os diversos interessados no bem, como interessados coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Em suas palavras:

⁴²³ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 44.

⁴²⁴ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 44.

⁴²⁵ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 55.

⁴²⁶ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 58.

⁴²⁷ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, 41. "[...] Esses são conceitos fundamentais para a nossa classificação sobre os direitos difusos, coletivos, etc."

A rigor será sempre o fato e suas circunstâncias que determinarão se os diversos interessados podem ser agrupados em interessados, homogêneos, coletivos ou difusos. A doutrina tradicional, centrada na tese de Ihering, já referida neste trabalho, sempre privilegiou o aspecto subjetivo como critério de classificação dos interesses difusos. A explicação dos interesses difusos sempre se fez a partir da indeterminação dos sujeitos, restando a circunstância de fato como um dado secundário da definição. Entretanto, a perspectiva que melhor esclarece o problema dos interesses difusos é a que parte do fato, de sua repercussão social para a identificação dos diversos sujeitos interessados e atingidos.

Se a abrangência do fato for tamanha que não se possa identificar o número de interessados individuais no mesmo estaremos diante de interessados difusos. Se o fato atingiu um número de interessados pertencentes a um grupo organizado e associado teremos os interessados coletivos. Se, por outro lado, o fato atinge um número determinável de indivíduos não organizados ou associados, mas que manifestam de modo homogêneo os interesses que se harmonizam, temos os interessados homogêneos⁴²⁸.

Ainda com relação aos direitos difusos, sustenta que estes "são as disposições de lei que criam tutela e estabelecem a regulação de bens (bens, fatos, direitos) que afetam um número indeterminado e indeterminável de indivíduos"⁴²⁹. Prossegue o autor:

O direito difuso é o direito que tutela bens (bens, fatos, situações jurídicas) e como são bens que afetam um número indeterminado de pessoas, não é possível estabelecer "um interesse" sobre esses bens. Somente podemos compreender esse fenômeno a partir do bem e sua relação com o indivíduo, ou seja, dos interessados. Temos interessados difusos, que são todos aqueles que manifestam um interesse em face do bem tutelado genericamente pela lei.

O interesse é sempre individual. Enquanto no direito coletivo stricto sensu temos um bem comum e sobre ele haverá a manifestação de uma série de interessados para que, segundo os estatutos e a lei seja extraída a vontade comum, esse processo não existe no direito difuso⁴³⁰.

Afirma o autor, ainda, que não existe interesse público ou geral, visto que o interesse será sempre geral e "o que existe é o direito público que se aplica à generalidade das pessoas por ser o processo de validação do interesse da parte"⁴³¹.

Com relação ao interesse subjetivo, direito subjetivo e direito objetivo, Maciel Júnior destaca que a classificação de direito subjetivo e direito objetivo tem de ser revista e declara a existência de interesse subjetivo anterior ao direito objetivo⁴³². Para ele, o direito subjetivo

⁴²⁸ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 58.

⁴²⁹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 154.

⁴³⁰ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 154-155.

⁴³¹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 61.

⁴³² MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 61.

existe "a partir do momento em que a sociedade espontaneamente confere validade ao interesse da parte, ou quando o sujeito consegue o reconhecimento judicial, por meio de um processo de validação de seu interesse"⁴³³.

Diz que o direito objetivo é:

a lei posta como critério de conduta em uma determinada sociedade. Vale para todos e pode ser invocado para a fundamentação das manifestações de interesse dos sujeitos na vida social. Mas nunca poderão ser impostos numa sociedade que tenha o modelo do Estado Democrático de Direito como seu paradigma de conformação estatal, porque o direito é fruto da convivência compartilhada, do confronto e do consenso entre as situações da vida e a lei vigente⁴³⁴.

Maciel Júnior traz também a definição de valores, uma vez que "a perspectiva democrática do Estado e o aparecimento e reconhecimento de direitos coletivos e difusos revelam um novo quadro fático em relação ao quais outros valores devem ser detectados e projetados".⁴³⁵ Afirma, inclusive, que "os valores são a projeção da pluralidade dos interesses individuais manifestados em uma sociedade e que terminam por se incorporarem nas normas de um país segundo o processo legislativo vigente"⁴³⁶.

Por fim, considerando que o processo civil adota um modelo individualista e patrimonialista, dificilmente, há como conciliar esse modelo com o do processo coletivo. Isso se explica pelo fato de os direitos coletivos e difusos demandarem uma solução para todos interessados coletivos e difusos e não somente a um indivíduo. Decerto, o modelo de processo vigente resolve a questão somente se o litígio envolver autor e réu, ou alguns réus. Todavia, a solução da lide para vários interessados, como dito, coletivos e difusos, demanda um novo modelo de processo que atue sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

9.2 Representatividade adequada e legitimação para agir na ação temática

Faremos um breve histórico sobre a representatividade adequada e a legitimação para agir no processo coletivo, apenas para contrastar, ao final, com o modelo da ação temática.

⁴³³ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 61.

⁴³⁴ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 61-62.

⁴³⁵ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 66.

⁴³⁶ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 67.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli⁴³⁷, as associações têm de deter representatividade adequada do grupo que pretendam defender. Elas devem preencher dois requisitos:

- a) Pertinência temática: é a finalidade institucional compatível com a defesa judicial do interesse;
- b) pré-constituição há pelo menos um ano, nos termos da lei civil.

Esse requisito pode ser dispensado pelo juiz em razão de interesse social, conforme a dimensão e as características do dano ou a relevância do bem jurídico a ser tutelado.

O mesmo autor⁴³⁸ entende que os requisitos exigidos às associações devem ser aplicados também aos Sindicatos que são pessoas jurídicas de direito privado, com caráter associativo e, ainda, às fundações privadas.

O referido autor ainda afirma que entidades estatais (autarquia, empresa pública) têm de ter pertinência temática.

O autor aduz que Márcio Fernando Elias Rosava, com base nos incisos XIX e XX do art. 37 da CR/88, observa o seguinte:

[...] por conta do princípio da especialidade, “as entidades estatais não podem abandonar, alterar ou modificar os objetivos para os quais foram constituídas. Sempre atuarão vinculadas e adstritas aos seus fins ou objeto social. Não se admite, então, que uma autarquia criada para o fomento do turismo possa vir a atuar, na prática, na área da saúde, ou em qualquer outra diversa daquela legal e estatutariamente fixada⁴³⁹”.

Gregório Assagra de Almeida discorda que se deva limitar a legitimidade dos entes privados. Ele chama atenção para o fato de que tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional optou-se pela aferição prévia da representatividade adequada pelo legislador e que a Lei Maior, por exemplo, “quando legitimou o cidadão para a ação popular (art. 5º, LXXIII), não disse que ele deveria ter credibilidade, capacidade e experiência ou que teria que ser analisado seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses coletivos defendidos”⁴⁴⁰.

Em relação ao Ministério Público, União, Estados, DF e Municípios, em razão da vocação desses órgãos para a defesa de interesses públicos e interesses coletivos *lato sensu*,

⁴³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 322.

⁴³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330.

⁴³⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 330.

⁴⁴⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 110-114.

presume-se possam defender direitos transindividuais de qualquer natureza, até mesmo os individuais homogêneos⁴⁴¹.

Luiz Manuel Gomes Jr.⁴⁴² espousa o mesmo entendimento em relação à não imposição de pertinência temática aos entes de direito público. Por conseguinte, o controle *ex officio* da legitimidade ativa *ad causam* ocorre quando o Magistrado pode fazer o controle da representação adequada.

Nelson Nery Junior e Arruda Alvim, citados por Luiz Manuel Gomes Jr., entendem que é vedado ao julgador avaliar a representação adequada. Contrariamente, Ada Pellegrini Grinover, Pedro Lenza e Antonio Gidi, também citados pelo autor acima referido, defendem a análise dessa representatividade adequada pelo julgador e, ainda, Humberto Theodoro Júnior. Por sua vez, Luiz Manuel Gomes Jr. também entende que é possível a análise pelo juízo quanto à representatividade adequada⁴⁴³.

No que tange à legitimidade ativa, já discorreremos sobre o tema com profundidade em outro capítulo, portanto, resumindo, aqui, basta dizer que a legitimidade é conferida segundo a lei, os entes públicos, privados, despersonalizados e o cidadão, a saber: 1) Administração pública direta (União, Estados, DF e municípios); 2) Órgãos legislativos (Câmara Federal, Senado, Câmaras Municipais, Assembléias, Câmara Distrital); 3) Administração pública indireta; 4) Ordem dos Advogados do Brasil; 5) Partidos políticos; 6) Sindicatos; 7) Entes despersonalizados para defesa de direitos coletivos (ex.: Procons); 8) Defensoria Pública; 9) Cidadão na ação popular.

Fizemos uma pequena explanação dos entendimentos da doutrina sobre a representatividade adequada e legitimidade ativa no processo coletivo para, ao final, afirmar que, com a adoção da *ação temática*, essa discussão se torna irrelevante. Isso se deve ao fato de o procedimento ser aberto a todos os interessados difusos (e inclusive interessados coletivos), que são indeterminados e com ligação por circunstâncias de fato por uma situação jurídica. A discussão giraria somente em torno dos temas suscitados no processo.

Na ação temática, o Juiz não poderá controlar quem participa do processo, uma vez que se passa a compreender a ação como tema, pois, nesse novo modelo, não haveria mais previsão legal previamente estabelecida para indicar quais pessoas poderiam ocupar a posição de autor.

⁴⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 328.

⁴⁴² GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 161.

⁴⁴³ GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 143-144.

Roberta Maia Gresta, ao discorrer sobre a ação temática, afirma:

A ação temática recusa o modelo de representação adequada, ante o reconhecimento de que a inafastabilidade da jurisdição, prevista na Constituição, art. 5º, XXXV confere a quaisquer interessados legitimidade para agir, de modo amplo, na resolução de questões de alcance coletivo⁴⁴⁴.

Maciel Júnior entende que a legitimação para agir alcança todos os interessados coletivos, difusos e individuais, quando afirma:

A legitimação para agir concorrente, na qual se permita a qualquer interessado individual, bem como a órgãos e associações, o acesso à Justiça para a defesa de direitos difusos é a forma ideal de estruturação da legitimação para agir em tema de tutela coletiva⁴⁴⁵.

Segundo Maciel Júnior, "é o controle difuso da legalidade, e o fato de poderem sofrer os efeitos do provimento que legitima a ação de todos os indivíduos para a ação coletiva".⁴⁴⁶ Sustenta, ainda, que: "Portanto, a legitimação para agir na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos já existe no texto constitucional, nos termos do art. 5º, XXXV da CF/88 e pode ser exercida por qualquer indivíduo que perceba a lesão ou ameaça a direito"⁴⁴⁷.

Natália Chernicharo Guimarães dá a sua contribuição para explicitar a teoria da ação temática ao afirmar que "pelo fato da inversão ocorrida no conceito de parte e da adoção da teoria objetiva dos direitos difusos, na ação temática, o legitimado é, de fato, aquele interessado difuso que sofre os efeitos da decisão na sua esfera patrimonial ou pessoal"⁴⁴⁸.

Juliana Maria Matos Ferreira revela a limitação de que a representação adequada imprime às ações coletivas. Vejamos:

Segundo um padrão individualista e pautado no ordenamento jurídico de outros países, verificamos no processo coletivo brasileiro a eleição de um representante adequado, que possui a função processual de representar todos os interessados, delineando os caminhos de interesses, que são individuais. O modelo de representação adequada afasta, neste sentido, os legitimados naturais da demanda

⁴⁴⁴GRESTA. Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 212.

⁴⁴⁵MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 161.

⁴⁴⁶MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 175.

⁴⁴⁷MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 175.

⁴⁴⁸GUIMARÃES. Natália Chernicharo. *A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2010, p. 116.

coletiva que são de plano esquecidos, pela legislação da oportunidade de participação⁴⁴⁹.

Por fim, impende ressaltar que, com a adoção da ação temática para o modelo de ações coletivas, está solucionada a questão da legitimidade ativa e representatividade adequada, tendo em vista que esse modelo adota a forma ampla e irrestrita a todos interessados, inclusive, concorrente, para ingressarem na lide.

9.3 O mérito participativo na ação temática

Vale aqui assentar algumas premissas com relação à validade da ação temática para os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Maciel Júnior, quando trata especificamente do tema ação temática, dá a entender que se refere apenas aos direitos difusos, pois, em algumas ocasiões, faz referência somente a eles, ao dizer, por exemplo, que:

O mérito nas ações coletivas que tratem dos interesses difusos não pode ser posto ou determinado somente no pedido inicial. Deve haver uma fase até quando os diversos interessados difusos possam manifestar seus interesses e alterar o mérito da ação coletiva, com agrupamento das posições comuns e o destaque das várias questões conflituosas que deverão ser objeto de julgamento⁴⁵⁰.

Entendemos que, também, se pode aceitar a ação temática quando se trata de direitos coletivos e individuais homogêneos. Embora os associados/filiados sejam representados pela Associação, Sindicato, Partido Político, em razão da situação jurídica existente entre eles, tem-se que, mesmo ao consentirem que sejam representados em Juízo por esses entes, os filiados/associados não perdem o direito de se manifestarem, inclusive, quando há confronto entre seus interesses e o próprio interesse desses entes dirigidos por um só representante que é um indivíduo que também tem seu próprio interesse, que deseja ser protegido.

Maciel Júnior não descarta essa possibilidade ao afirmar que "Para isso propomos que se adote o modelo de considerar as ações coletivas como ações temáticas, o que teria grande relevância, principalmente nas questões referentes a direitos difusos"⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ FERREIRA, Juliana Maria Matos. *O modelo participativo de processo coletivo: as ações coletivas como ações temáticas*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Junior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2009, p. 172-173.

⁴⁵⁰ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 181.

⁴⁵¹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 188.

Primeiramente, deve-se esclarecer o que Maciel Júnior chama de ação temática. Para o autor a ação coletiva deve ser uma "ação temática"⁴⁵² e a define:

Entendemos que a ação coletiva deve ser uma demanda que viabilize a discussão de "temas". Esses temas são os fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados. Assim, por exemplo, a construção de uma praça pública que gere a destruição de uma grande área verde em um determinado bairro de uma cidade, podendo afetar o manancial de água ou mesmo a qualidade do ar, suscita uma questão ambiental onde diversos interessados poderão ter entendimentos divergentes sobre a questão. Essa questão ambiental referente a determinado fato concreto de uma cidade será o "tema" da ação coletiva⁴⁵³.

Maciel Júnior afirma que a "ação coletiva deve ser a demanda que propõe um tema, abrindo a possibilidade de que o próprio conteúdo do processo seja definido de modo participativo"⁴⁵⁴.

Assim, o provimento final na ação temática é delineado desde a participação dos interessados coletivos e difusos, pois estes são os verdadeiros impulsionadores do processo. Todavia, não basta somente conferir legitimidade a todos interessados; eles/estes devem atuar efetivamente no processo, sendo que o Juiz deve apreciar todos os argumentos trazidos nas petições iniciais.

Essa questão é bastante abordada na dissertação de Roberta Maia Gresta. Assim, a autora discorre sobre a participação no mérito na ação temática:

O incremento da participação promovida pela ação temática não se esgota na admissão dos interessados como aptos a atuar autonomamente em juízo como autores do procedimento coletivo. Reconhecer legitimidade ativa aos interessados, para superar o modelo da representação adequada no momento da propositura da ação, é imprescindível, mas não suficiente, para promover a ruptura com a matriz subjetivista ainda prevalente. Afinal, enquanto a amplitude do objeto da demanda coletiva for fixada com amparo exclusivo no pedido do autor, a atuação dos legitimados continuará a se estabelecer em molde concorrencial: tal como na representação adequada, supõe-se que a manifestação de um dos interessados canalize as pretensões de todos os demais.

A modificação desse esquema exige que seja conferida a mesma intensidade e amplitude à participação de todos os interessados, independentemente de qual deles tenha provocado a instauração do procedimento coletivo. Para tanto, a linearidade da oposição petição inicial/contestação deve ser abandonada, dando lugar a um esquema *radial*: definida a centralidade do tema posto em debate, deve ser

⁴⁵² MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 178..

⁴⁵³ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 178.

⁴⁵⁴ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 179.

assegurada igual oportunidade de dedução de todos os argumentos que convirjam para este ponto central⁴⁵⁵.

Como se vê, não se trata de procedimento com a participação dos interessados difusos, mas sim um processo em procedimento em contraditório, no qual os argumentos de todos os interessados serão apreciados, tendo igual valor, pois, segundo Aroldo Plínio Gonçalves⁴⁵⁶, apoiado na doutrina de Elio Fazzalari, processo e procedimento não têm diferença se ambos se desenvolverem em contraditório. Entretanto, se não houver essa especificidade, o procedimento possui natureza de generalidade.

Maciel Júnior explicita a questão no trecho a seguir:

Cada um desses interessados, pressupondo o modelo do Estado Democrático de Direito e o princípio da inafastabilidade da apreciação da lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, poderá formular uma demanda de tutela do bem ameaçado ou lesado, na medida em que tenha um interesse seu lesado e na medida em que haja ameaça à própria integridade do bem lesado. Ou seja, pode o indivíduo dizer que a ofensa ou lesão ao bem afetou um interesse individual seu e lhe causou prejuízos, pedindo indenização. Poderá ainda afirmar que, além da lesão individual sofrida, o bem é protegido por lei e deve ser restaurado ao *status quo ante* ou preservado de destruição, ou imposta uma multa à parte que lesa, até que cesse a lesão⁴⁵⁷.

Assim, na ação temática, o mérito terá a participação de todos os interessados na demanda. Segundo Maciel Júnior, o mérito se desenvolveria do seguinte modo:

Proposta uma ação cuja decisão envolva um bem que afete um número indeterminado de pessoas, o ideal seria que a lei fixasse uma fase de divulgação para que os interessados difusos tomassem ciência e pudessem intervir no processo. Nas ações coletivas poderia ser estabelecida a obrigatória participação do MP, o que já ampliaria o rol de legitimados presentes na ação e envolveria um órgão que tem por função primordial a defesa da legalidade.

Recebida a defesa e os eventuais aditamentos à inicial, deveria haver um despacho saneador no qual o juiz obrigatoriamente fixasse os pontos controvertidos e o objeto da prova e resolvesse as demais questões do processo.

Contra essa decisão poderia ser prevista uma impugnação em prazo razoável (mais ou menos 10 dias), no sentido de permitir a ampliação do objeto da lide ou revisar qualquer equívoco na fixação dos pontos controvertidos. Em seqüência à decisão sobre o objeto daquele processo, que não poderia a parti de então ser alterado, a não ser na hipótese de reunião de processos coletivos por conexão com o

⁴⁵⁵ GRESTA, Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 212-213.

⁴⁵⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 68.

⁴⁵⁷ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 176.

bem a envolver ambas as demandas e desde que estejam as causas em um mesmo momento processual (ambas em 1º grau e antes de colhidas provas nos autos).

A fixação de um momento, que pode ou não ser na forma como acima sugerido, é fundamental porque organiza e permite que aqueles pedidos feitos pelos interessados difusos naqueles processos sejam examinados⁴⁵⁸.

Fabrizio Veiga Costa também acentua:

O mérito processual nas ações temáticas é construído dentro de um espaço processualizado que oportuniza o debate amplo da pretensão dos interessados e também num determinado período de tempo fixado na lei, permitindo a todos os legitimados comparecerem em juízo para formularem seus pedidos ou para apresentarem seus temas correlatos àquilo que foi inicialmente alegado pelo autor da ação⁴⁵⁹.

Roberta Maia Gresta alerta para o fato de que o mérito participativo não concede ao Juiz nenhum poder discricionário para moldar a demanda, pois, nesse caso, devem ser separados argumentos que não digam respeito ao caso. Quanto àqueles pertinentes, devem ser submetidos ao contraditório. Assim, a autora se posiciona:

É importante observar que a adoção das expressões *ampliação flexível do mérito e formação participada do mérito* não confere feição instrumentalista à ação temática. Isso porque *flexibilidade*, aqui, não implica em ampla adaptabilidade do procedimento ao que o juiz reputar conveniente para o melhor desempenho de sua atividade.

Maciel Júnior não renuncia à estipulação legal da fase procedimental que comporta a oportunidade de participação na formação do mérito⁶⁸². A ampliação flexível do mérito constitui uma técnica pontual para compatibilização da fase da propositura com o caráter difuso das questões coletivas. A essa fase segue a estabilização da demanda, que vincula a atividade instrutória e decisória. Não se concede ao juiz poder de moldar discricionariamente o procedimento conforme lhe parecer conveniente⁴⁶⁰.

Prossegue Roberta Maia Gresta ao afirmar que a ação temática não comporta alteração do pedido após o prazo concedido para ingresso dos interessados difusos, contrariamente ao que dispõe o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América. Confira-se:

Não há ensejo, portanto, para a adoção, na ação temática, de medida similar à prevista no art. 10, §2º, do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América, que possibilita a alteração do pedido e da causa de pedir a qualquer tempo,

⁴⁵⁸ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 183.

⁴⁵⁹ COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 226.

⁴⁶⁰ GRESTA, Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 215.216.

desde que não evidenciada a má-fé e o prejuízo ao contraditório⁶⁸³. Aliás, a segunda condição aí estabelecida – a inexistência de prejuízo ao contraditório – é irrealizável. A alteração do pedido e da causa de pedir após o início da fase instrutória conduz necessariamente à reabertura da fase propositiva. Especialmente considerado o desdobramento do contraditório em *garantia de não surpresa*⁶⁸⁴, tem-se evidenciada a ruptura do encadeamento lógico das etapas procedimentais, as quais compõem uma “estrutura normativa progressiva de preclusões”⁴⁶¹.

Portanto, a petição inicial na ação temática pode ser proposta por qualquer interessado, Associação, Sindicato, Partido, Ministério Público ou cidadão. Todavia, uma vez proposta, deve-se abrir um prazo razoável para que os demais interessados difusos possam deduzir, através de petição, suas pretensões, suas alegações de forma coerente e que tenham a ver com a demanda proposta. Esses são o mérito da ação temática⁴⁶².

Entende-se que, embora seja tarefa do Legislador, o prazo não pode ser nunca inferior a 30 dias, tendo em vista que os vários interessados que podem ingressar no processo⁴⁶³.

Incumbe ao Juiz apreciar todos os argumentos deduzidos nas petições de forma que ao sanear o processo somente descarte os argumentos completamente irrelevantes ou os que nada digam respeito ao processo. Dessa decisão interlocutória, cabe agravo de instrumento⁴⁶⁴ pelo interessado que teve sua petição indeferida ou alguns de seus argumentos afastados.

⁴⁶¹ GRESTA, Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 216.

⁴⁶² COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 226-227. "Importante esclarecer que não podemos confundir matéria de mérito com o mérito processual. Considera-se matéria de mérito numa ação temática todos os pedidos, as alegações, as questões e os temas correlatos e que exteriorizarão a amplitude do debate da pretensão deduzida. A matéria de mérito deve ser vista como o objeto da demanda coletiva; as proposições que nortearão todo o discurso democrático ao longo do procedimento. Por isso poderemos ter como parte integrante da matéria de mérito situações jurídicas, fatos, provas e qualquer tema que venha refletir substancialmente no debate crítico dos meandros da pretensão. A formação do mérito processual inicia-se com a matéria de mérito, mas a ela não se limita. O mérito processual pode ser definido como o direito de ampla argumentação fático-jurídica da pretensão por todos os interessados em contraditório, ou seja, trata-se do direito assegurado a cada sujeito ou grupo de sujeitos de influir nos critérios utilizados pelo julgador no momento da decisão. Tudo isso somente é possível em virtude da abrangência e da amplitude do objeto da ação coletiva, assim como a possibilidade de todos os interessados manifestarem suas vontades, muitas vezes distintas e contraditórias: [...]"

⁴⁶³ COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 226. "É de suma importância a delimitação temporal da participação e da apresentação de temas nas ações coletivas, uma vez que a finalidade é justamente evitar a ocorrência de demandas coletivas intermináveis. O sistema de preclusões temporais é o que regerá cronologicamente a legitimidade dos interessados poderem apresentar temas e formular pedidos até o momento processual que antecede o despacho saneador. Será na fase saneadora que o julgados, em decisão fundamentada, conseguirá delimitar a matéria e as questões de mérito que integrarão todo o espaço processual na fase instrutória. O término do prazo de manifestação dos interessados na formação e no conteúdo do processo é momento em que se define a matéria de mérito da ação temática."

⁴⁶⁴ Em regra de indeferimento de petição inicial, cabe apelação - art. 296 do CPC. Todavia, no caso da ação temática, como pode haver várias petições, é mais razoável que se estabeleça o recurso de agravo de instrumento, tanto mais porque o indeferimento de uma petição inicial na ação temática não põe fim ao processo, pois há inúmeras outras.

Outrossim, a contestação/defesa na ação temática deve ter um prazo maior dada a multiplicidade de argumentos, petições iniciais, para que o réu ou os réus tenham tempo suficiente para se defenderem, pois segundo Roberta Maia Gresta "A petição inicial não apenas aguarda um contra-ataque – traduzido na dedução, pelo réu, de fatos negativos, impeditivos, extintivos ou modificativos – como também dispara a oportunidade para que novos questionamentos sejam aditados ao mérito"⁴⁶⁵.

Igualmente, a sentença proferida na ação temática deve ser bastante clara dispondo-se em capítulos⁴⁶⁶ para abarcar todos os argumentos dos contraditores, interessados difusos e réus. Roberta Maia Gresta assim se posiciona:

A ação temática é um procedimento objetivo, que recusa seleção de partícipes a partir de análise subjetiva. As decisões proferidas nesse procedimento devem observar a mesma forma de racionalização. Tanto a fixação dos pontos controvertidos na decisão saneadora quanto o julgamento promovido na sentença devem se ater à aderência ao tema debatido⁴⁶⁷.

A ação temática, segundo Maciel Júnior, além de resgatar a participação dos interessados difusos na construção do provimento final, também, "permite que se estabeleça um sistema mais consistente na questão da preclusão das questões, a coisa julgada, a conexão e a litispendência"⁴⁶⁸.

Por fim, o modelo da ação temática está de acordo com os ditames do Estado Democrático de Direito, mormente fulcrada no princípio da inafastabilidade da apreciação judiciária, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988.

9.4 Ação temática no âmbito eleitoral: uma solução para a proteção dos direitos coletivos *strictu sensu* e difusos no direito eleitoral

O processo eleitoral sistematizado, atualmente, não atende aos preceitos constitucionais, mormente, a participação do cidadão, no que tange aos direitos coletivos, na

⁴⁶⁵GRESTA. Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 215.

⁴⁶⁶DINAMARCO. Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3ª edição. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2008, p. 31-68.

⁴⁶⁷GRESTA. Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 217.

⁴⁶⁸MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 188.

construção da decisão que o afeta sobremaneira. Desse modo, no âmbito eleitoral, a ação temática eleitoral, termo utilizado por Roberta Maia Gresta, resolve a questão.

Nesse ponto, a supracitada autora faz a seguinte defesa em prol da adoção da ação temática no âmbito eleitoral:

Fundamentado o reclame de ruptura com o modelo subjetivista e patrimonializado, a técnica procedimental da ação temática abre uma perspectiva de democratização dos procedimentos eleitorais coletivos: a ação temática eleitoral.

Essa nova perspectiva se anuncia a partir da objetivação desses procedimentos. A providência judicial almejada, e não a atribuição subjetiva de titularidade para a propositura da ação, deve constituir o eixo estruturante que viabilize a participação jurídica dos interessados na fiscalidade das eleições e de seus resultados⁴⁶⁹.

Ora, um dos maiores empecilhos nos procedimentos eleitorais para o acesso do cidadão à justiça eleitoral é exatamente a limitação da legitimidade aos Partidos, Coligação, candidatos e Ministério Público. Todavia, como já dito, não se pode deixar a defesa dos direitos difusos somente para tais associações, bem como para o Ministério Público Eleitoral, pois, como alertou Mauro Cappelletti ao afirmar que o Ministério Público dos "sistemas continentais e as instituições análogas" estão sujeitos à pressão política, sendo certo que têm dificuldades para assumir a defesa dos interesses difusos surgidos somente recentemente⁴⁷⁰.

O acesso à justiça deve ser amplo e irrestrito, pois sua limitação apenas serve para enfraquecer a democracia e ao mesmo permitir que decisões judiciais sejam proferidas sem um amplo debate acerca dos diversos fatos que afetam toda a sociedade.

A legitimidade do cidadão nos procedimentos eleitorais já foi proposta pela autora Edilene Lobo em sua tese de doutorado, bem como a das associações o foi pelo autor Rodolfo Viana Pereira. Todavia, não basta simplesmente dar legitimidade ao cidadão e às associações. Deve-se abrir o sistema para que todos os interessados, após qualquer cidadão ou entidade

⁴⁶⁹ GRESTA, Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 222.

⁴⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 51-52. "Embora seja ainda o principal método para representação dos interesses difusos, - especialmente por causa da relutância tradicional em dar-se legitimação a indivíduos ou grupos para atuarem em defesa desses interesses - a "ação governamental" não tem sido muito bem sucedida. A triste constatação é que, tanto em países de *common law*, como em países de sistema continental europeu, as instituições governamentais que, em virtude de sua tradição, deveriam proteger o interesse público, são por sua própria natureza incapazes de fazê-lo. O Ministério Público dos sistemas continentais e as instituições análogas, incluindo o *Staatsanwalt* alemão e a *Prokuratura* soviética, estão inerentemente vinculados a papéis tradicionais restritos e não são capazes de assumir, por inteiro, a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos. Eles são amiúde sujeitos a pressão política - uma grande fraqueza, se considerarmos que os interesses difusos, frequentemente, devem ser afirmados contra entidades governamentais."

ajuizar uma ação coletiva eleitoral, possam trazer argumentos pro e contra para enriquecer o debate acerca de determinado fato que afeta toda sociedade, ou seja, o debate acerca das eleições e seu resultado⁴⁷¹.

A limitação dos legitimados, bem como a visão impregnada na Justiça Eleitoral da natureza individual e patrimonialista, presta-se para que a discussão acerca dos ilícitos eleitorais fique circunscrita a dois legitimados, um no polo ativo e outro no polo passivo. Isso sujeita o processo às vicissitudes de ambos, tais como, em conluio, o autor desistir da ação com a concordância do réu e mais, a desistência de recursos, tal como é bastante usual na Justiça Eleitoral, que aplica as normas do Código de Processo Civil, inclusive, desprezando totalmente as normas do processo coletivo. Para se evitar esses problemas, entaves, poder-se-ia intimar outros legitimados (por exemplo: o MP) para assumir o polo ativo da demanda.

Essas questões, de fato, tornam o embate no âmbito eleitoral restrito a uma parcela de atores políticos, o que faz distanciar ainda mais o povo dos seus candidatos. Por isso, não há como afastar o povo da fiscalização das eleições, quer como autores de ações temáticas eleitorais quer como votantes. No primeiro caso, a legitimidade de todos interessados para discutir os temas que afluem das eleições. Roberta Maia Gresta assim se expressa:

A processualidade democrática exige a condução da atividade judicial eleitoral a partir da perspectiva da fundamentalidade dos direitos políticos. A legitimidade das candidaturas, a legitimidade das eleições – aí compreendidas a condução das campanhas eleitorais e a realização do pleito – e a legitimidade de seus resultados delineiam-se como *temas* para o qual afluem múltiplos interesses não apenas do eleitorado, mas da população que será governada ou representada pelos eleitos⁴⁷².

Como já discorreremos nesse trabalho, as várias ações existentes na Justiça Eleitoral, tais como a AIJE, a AIME, as Representações por condutas vedadas, servem apenas a quatro legitimados (MP, Coligações, Partido e Candidatos), os quais podem ajuizá-las ou não, ficando ao alvedrio deles no que tange à possibilidade ou não de impugnar um mandato. Essa

⁴⁷¹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 184. "A adoção do formato das ações "temáticas" elimina a importância dada pela doutrina ao problema da legitimação passiva nas demandas que discutam direitos difusos. Isso ocorre porque há uma fase em que todos os interessados difusos são convocados a comparecer para participar da demanda coletiva e comporem o mérito. Mesmo que a ação tenha sido proposta por uma empresa, por exemplo, para pleitear o reconhecimento da legalidade da derrubada de uma mata para construção de prédios, todos os interessados difusos poderão participar da demanda na defesa de tese oposta ou que tenha efeito modificativo no pedido inicial. Todos eles serão partes em relação ao provimento, à sentença, porque sofrerão seus efeitos e serão, portanto, legitimados na ação coletiva."

⁴⁷² GRESTA, Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 224.

limitação da legitimação ativa é perniciososa à democracia, tanto mais porque afasta a participação efetiva da sociedade na condução da política e na fiscalização das eleições.

A ação temática de viés totalmente democrático, uma vez que privilegia a participação de todos interessados no processo jurisdicional, traria ao processo a dimensão exata dos fatos ilícitos, porventura, cometidos pelos candidatos, coligações ou partidos, pois os temas trazidos pelos interessados seriam apreciados pelo Juiz de forma a agrupar os vários ilícitos perpetrados nas eleições, desconsiderando argumentos sofismáveis, ingênuos ou inócuos. Ademais, o agrupamento de todos os temas em uma única ação temática eleitoral, inclusive após a diplomação, acabaria por vez com a insegurança jurídica e os candidatos poderiam se concentrar em suas campanhas com tranquilidade.

Vicente de Paula Maciel Júnior a respeito da questão assim se posiciona:

Proposta uma ação cuja decisão envolva um bem que afete um número indeterminado de pessoas, o ideal seria que a lei fixasse uma fase de divulgação para que os interessados difusos tomassem ciência e pudessem intervir no processo. Nas ações coletivas poderia ser estabelecida a obrigatória participação do MP, o que já ampliaria o rol de legitimados presentes na ação e envolveria um órgão que tem por função primordial a defesa da legalidade.

Recebida a defesa e os eventuais aditamentos à inicial, deveria haver um despacho saneador no qual o juiz obrigatoriamente fixasse os pontos controvertidos e o objeto da prova e resolvesse as demais questões do processo.

Contra essa decisão poderia ser prevista uma impugnação em prazo razoável (mais ou menos 10 dias), no sentido de permitir a ampliação do objeto da lide ou revisar qualquer equívoco na fixação dos pontos controvertidos. [...] ⁴⁷³.

Alfim, a aplicação da ação temática no âmbito eleitoral deve ocorrer em três momentos. No primeiro, nas convenções partidárias; no segundo, no pedido de registro de candidatura; no terceiro, após a diplomação, com o ajuizamento da ação coletiva de impugnação de mandato eletivo, como única ação temática coletiva a ser proposta pelos interessados difusos.

Assim, a discussão acerca dos direitos coletivos *strictu sensu* e dos difusos no âmbito da função judicial eleitoral tem fases, diferentemente da configuração desses mesmos direitos em outros ramos do Direito, tal como o Direito Ambiental, o Direito Agrário, o Direito do consumidor, etc., em que os fatos acontecem a todo o momento, a toda hora. No Direito Eleitoral, há uma delimitação da atuação dos legitimados, portanto, haverá uma delimitação da atuação de todos interessados na propositura da ação temática eleitoral também. Isso

⁴⁷³ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006, p. 183-184.

acontece, naturalmente, em razão das eleições ocorrerem de dois em dois anos e, além disso, em razão da delimitação do período eleitoral.

As ações eleitorais em que se discutem ilícitos eleitorais perpetrados pelos candidatos ou até por terceiros em benefício destes têm prazo reduzido para serem propostas. Têm, inclusive, prazo para serem julgadas, exatamente, em decorrência do tempo de duração do mandato que é de quatro anos. De nada adiantaria julgar uma ação eleitoral alguns meses antes de findar o mandato do agente público, pois as sanções atinentes a cassações de diploma/mandato seriam inócuas.

9.4.1 Direitos coletivos *strictu sensu* no âmbito eleitoral

9.4.1.1 Convenções partidárias e outros direitos afetos aos interessados coletivos

O período eleitoral inicia com as convenções partidárias que ocorrem entre 12 a 30 de junho, de acordo com o art. 8º da Lei n. 9.507/97. É a partir desse período que os partidos escolherão seus candidatos para concorrerem às eleições.

Em nossa pesquisa, defendemos que as várias questões que podem surgir na convenção partidária têm natureza de direitos coletivos *strictu sensu*. E, igualmente, em nosso entendimento, é possível adotar a ação temática no procedimento em que se discutem os direitos dos filiados. Estes se inserem na categoria de direitos coletivos *strictu sensu*, os quais somente dizem respeito aos filiados, tal como a nulidade de convenção partidária em razão de alguma irregularidade. Portanto, todos os interessados coletivos podem perfeitamente pleitear na Justiça Eleitoral a nulidade de uma convenção. Para tanto, deve-se abrir um edital com prazo de 30 dias, a partir do ajuizamento da ação, para que os interessados coletivos possam deduzir seus argumentos. Após o saneamento realizado pelo Juiz Eleitoral, abre-se prazo para os interessados contra os quais a ação foi dirigida.

Do mesmo modo, é possível citar outras questões que possam afetar direitos dos interessados coletivos – os filiados – tais como registro de estatuto partidário – art. 7º da Lei n. 9.096/95; anotação de alterações de estatuto partidário na Justiça Eleitoral - art. 10, parágrafo único, Lei n. 9.096/95; cancelamento do registro civil e do estatuto do partido - art. 28, Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995; deferimento e indeferimento de pedido de registro de Partido Político - art. 8º, Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.

9.4.2 Direitos difusos no âmbito eleitoral

9.4.2.1 Requerimento de registro de candidatura

O registro de candidatura é o marco inicial para os interessados difusos discutirem as condições de elegibilidade do candidato e para se considerar um cidadão como candidato a um cargo político nas eleições. O registro é requerido pelo partido ou coligação. Na inércia de ambos, o próprio candidato escolhido em convenção poderá fazê-lo. O Código Eleitoral e a resolução que regulamentam o registro de candidatura prevê a publicação de lista de todos os candidatos registrados para ciência dos interessados.⁴⁷⁴ O § 3º do art. 97 do Código Eleitoral dispõe que o eleitor também é legitimado para propor impugnação. Todavia, a Lei Complementar 64/90 (art. 3º) acabou por revogar tal preceito e limitar a legitimidade aos partidos, coligação, Ministério Público e candidatos. Todavia, está previsto na resolução que o cidadão pode comunicar ao Juízo Eleitoral causa de inelegibilidade de candidato que tem conhecimento.

Assim, ao adotar a ação temática no âmbito eleitoral, a partir da publicação do edital com o nome de todos os candidatos ao pleito eleitoral, todos interessados difusos teriam legitimidade para propor a ação de impugnação de registro de candidatura – AIRC contra candidato que, porventura, seja inelegível, ou seja, tenha alguma causa de inelegibilidade prevista na Lei Complementar n. 64/90 e na Constituição Federal.

Deve-se, porém, consignar que o prazo de cinco dias, previsto na LC 64/90 para impugnar o registro, é exíguo. Seria necessário estender esse prazo para pelo menos, 30 dias, a fim de que todos os interessados possam realmente integrar a lide de formar a trazer todos os argumentos contra o candidato. O prazo concedido pela lei e resoluções do TSE para o julgamento das ações de impugnação é exíguo também. Portanto, é preciso estender tal prazo de forma a conceder tempo suficiente ao Juiz Eleitoral para analisar os argumentos dos

⁴⁷⁴ BRASIL. Código Eleitoral. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 21.04.2014. Art. 97. Protocolado o requerimento de registro, o presidente do Tribunal ou o juiz eleitoral, no caso de eleição municipal ou distrital, fará publicar imediatamente edital para ciência dos interessados. § 1º O edital será publicado na Imprensa Oficial, nas capitais, e afixado em cartório, no local de costume, nas demais zonas. § 2º Do pedido de registro caberá, no prazo de 2 (dois) dias, a contar da publicação ou afixação do edital, impugnação articulada por parte de candidato ou de partido político. § 3º Poderá, também, qualquer eleitor, com fundamento em inelegibilidade ou incompatibilidade do candidato ou na incidência deste no artigo 96 impugnar o pedido de registro, dentro do mesmo prazo, oferecendo prova do alegado. § 4º Havendo impugnação, o partido requerente do registro terá vista dos autos, por 2 (dois) dias, para falar sobre a mesma, feita a respectiva intimação na forma do § 1º.

interessados. Há de se considerar ainda que deve haver tempo suficiente para que o candidato possa se defender.

Assim, a fixação da realização de convenção partidária em junho deve ser repensada, pois o ideal seria que os partidos pudessem realizar essa convenção meses antes, abril ou maio. Consequentemente, o pedido de registro poderia ocorrer em maio ou junho de forma a dar tempo para os interessados difusos impugnarem a candidatura, o candidato se defender e o Juiz Eleitoral proferir o provimento final.

O certo é que, com os prazos atualmente previstos na lei, não há a mínima possibilidade de se adotar a ação temática. O modelo atual privilegia somente o embate entre os legitimados e o candidato. O processo da forma que é concebido pela legislação eleitoral é eminentemente individualista, uma vez que não abre o debate à participação de todos interessados difusos.

Estender o debate sobre a candidatura aos cidadãos, às associações, aos partidos, Ministério Público, é medida democrática, pois trazem ao processo judicial os verdadeiros interessados difusos para impugnar candidatos inelegíveis de forma a propiciar ao país o melhor dos candidatos.

9.4.2.2. Consulta

A competência do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais para responder consulta está prevista nos artigos 23 e 30 do Código Eleitoral. Os referidos artigos são claros ao preceituar que somente consultas feitas, em tese, por autoridades públicas ou partidos políticos podem ser respondidas. A legitimidade para fazer consultas também é limitada a candidato, partido político, Ministério Público e juízes.

Embora a jurisprudência do TSE seja uníssona em afirmar que a consulta não vincula o órgão julgador, ela serve de fundamento para as decisões judiciais e administrativas. Nas palavras de José Jairo Gomes, “A resposta à consulta deve ser fundamentada. Ainda que a resposta não tenha caráter vinculante, orienta a ação dos órgãos da Justiça Eleitoral, podendo servir de fundamento para decisões nos planos administrativos e judicial.”⁴⁷⁵

À consulta deve-se dar novo regramento para que sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa no julgamento do mérito. O mérito há de ser construído com a participação de todos os interessados difusos, pois a decisão proferida em consulta, sem

⁴⁷⁵ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Atlas S.A. São Paulo, p. 71.

dúvida, afeta todos os eleitores, toda comunidade. Não se pode mais aceitar que a consulta tenha um procedimento quase “secreto” e decisão arbitrária, imposta aos jurisdicionados, pois sequer o Ministério Público Eleitoral é intimado para ofertar parecer.

Portanto, a teoria da ação temática pode ser utilizada nas consultas, pois as respostas judiciais dadas a elas terão maior consenso, uma vez que passam a contar com a participação dos reais interessados difusos, ou seja, associações, partidos, Ministério Público e todos os cidadãos.

O procedimento a ser observado pode ser o mesmo daquele do registro de candidatura, com exceção da inexistência de requerido/réu, ou seja, publicação de edital em um prazo razoável para que todos interessados possam trazer seus argumentos; a existência de uma fase de saneamento pelo Relator e o provimento final, que é a aplicação da norma ao caso em tese.

Assim, considerando que a consulta é utilizada para fundamentar decisões colegiadas da Justiça Eleitoral, é necessário que ela passe pela validação e pelo consenso dos interessados.

9.4.3 A ação de impugnação de mandato eletivo como única ação temática eleitoral pós-eleitoral

Como já exposto em outro capítulo nessa dissertação, no que diz respeito ao sistema de contencioso eleitoral⁴⁷⁶, os ilícitos eleitorais praticados antes, durante ou depois do registro de candidatura podem ser apurados por meio das seguintes ações, segundo Santana. 1) Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - AIME (CR, Art. 14, §§ 10 e 11); 2) A ação de impugnação de registro de candidatura – AIRC – art. 2º a 16 da Lei Complementar n. 64/90, já referida em tópico próprio; 3) Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE (art. 22, LC 64/90); 4) Representações eleitorais previstas nos artigos 96 e 73 da Lei n. 9.504/97; 5) Representação prevista na Lei n. 9.504/97 pelos fatos constantes dos artigos 41-A e 73, da Lei n. 9.504/97, introduzida por Lei de iniciativa popular, a Lei n. 9.840, de 1999; 6) Recurso contra a expedição de Diploma (art. 262 do Código Eleitoral).

A AIJE e as representações podem ser propostas até a diplomação; a AIME, 15 dias após diplomação; o RCED, 03 dias após diplomação; e A AIJE por captação ou gastos ilícitos de recursos, até 15 dias após diplomação.

⁴⁷⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições, 2008, p. 23-24.

Ocorre que, na maioria dos casos, discutem-se em várias ações os mesmos fatos ou mesmo variações desses fatos.

Roberta Maia Gresta nos dá uma noção bem real das incongruências dos procedimentos atuais:

Além de serem vários os procedimentos, são também várias as possíveis configurações jurídicas de uma mesma prática. Suponha-se, por exemplo, uma “compra de votos” de diversos eleitores, perpetrada por candidato à reeleição, por meio da doação de cestas básicas adquiridas pelo Município para distribuição em um programa social. A mesma conduta pode, hipoteticamente, se amoldar à captação ilícita de sufrágio, às condutas vedadas pelos incisos I e IV do art. 73 da Lei n. 9.504/1997, ao abuso de poder político e ao abuso de poder econômico. Isso significa, na sistemática vigente, a possibilidade de uma ação para cada configuração jurídica. Como a litispendência só se verifica quando há identidade de causa de pedir, pedido e partes, cada legitimado legal poderia propor ao menos cinco demandas (quatro Ações de Investigação Judicial Eleitoral e uma Ação de Impugnação ao Mandato Eletivo)⁴⁷⁷.

O sistema é completamente “absurdo”, pois os legitimados simplesmente ajuízam todas as ações previstas no ordenamento jurídico, ou seja, a Justiça Eleitoral faz trabalho de “Penélope”, pois não pode (a Justiça Eleitoral) sequer reconhecer a litispendência, uma vez que, tecnicamente, as partes são diferentes.

Propõe-se reduzir as ações eleitorais a somente três: Ação de Impugnação de Registro de Candidatura – AIRC, Recurso contra expedição de diploma e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Ressalta-se aqui que a verdadeira natureza da ação de impugnação de mandato eletivo é defender os direitos difusos do eleitor⁴⁷⁸.

Ressalta-se que o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, no dia 28 de agosto de 2014, julgou o recurso na AIME n. 1-56.2013.6.13.0293, da 293ª Zona Eleitoral, de Pratápolis na qual apreciou todas as condutas acima descritas, ou seja, abuso de poder econômico, abuso de poder político, captação ilícita de sufrágio, gasto ilícito de recursos financeiros de

⁴⁷⁷ GRESTA, Roberta Maia, Lara Marina Ferreira e Mariana Sousa Bracarense. Coletânea de artigos jurídicos Nap 2011. Igor Alves Noberto Soares, et al, (organizadores). *Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral*. 1ª edição. Curitiba, PR: CRV, 2012, p. 229.

⁴⁷⁸ RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005, p. 282. "A principal finalidade dessa ação, ao nosso sentir, reside na defesa dos interesses difusos do eleitor, que foram manipulados no exercício do voto, votando num processo eleitoral impregnado por fraude, corrupção e abusos, onde o mandamento nuclear do voto, como princípio fundamental da soberania popular e político-constitucional, é nulo de pleno direito, conforme dispõe o art. 175, § 3º, do Código Eleitoral, porque o responsável pelas práticas ilícitas é considerado inelegível, e os votos atribuídos aos candidatos inelegíveis são essencialmente nulos de pleno direito."

campanha eleitoral⁴⁷⁹. Portanto, esses fatos, algumas vezes, são julgados pela Justiça Eleitoral em uma só ação, como se vê desse julgado acima mencionado.

Todos os fatos que são discutidos na AIJE – art. 22 da LC 64/90, inclusive art. 41-A da Lei n. 9.504/97, Representações por conduta vedada – Art. 73, inciso I a IV e art. 74, da Lei n. 9.504/97, podem ser deslocados para a Ação Coletiva de Impugnação de Mandato – AIME. Naturalmente, é necessário alterar a Constituição Federal por Emenda Constitucional, tendo em vista que esta última ação é constitucional. Igualmente, o prazo para interposição dessa única ação eleitoral coletiva deve ser estendido e iniciar somente após a diplomação. O prazo mínimo para seu ajuizamento deve ser de 30 dias. Portanto, os procedimentos distintos seriam reunidos em uma única ação, como dispostos no quadro abaixo.

9.4.3.1 Quadro: Reunião dos fatos das várias ações eleitorais em uma única ação eleitoral

Ações eleitorais	Previsão Legal e prazo para ajuizamento.	Única ação temática coletiva eleitoral – mínimo de 30 dias para ajuizamento após a diplomação dos eleitos
Representações	Condutas vedadas - Arts. 73 e 74, Lei n. 9.504/97. Prazo para ajuizamento: Até a diplomação.	Ação Coletiva de Impugnação de Mandato Eletivo
Ação de Investigação Judicial Eleitoral	Captação ilícita de sufrágio - Art. 41-A, Lei n. 9.504/97 - com rito do art. 22, Lei complementar n. 64/97. Prazo para ajuizamento: Até a diplomação	Ação Coletiva de Impugnação de Mandato Eletivo
Ação de Investigação Judicial Eleitoral	Arrecadação e gastos ilícitos de recursos - Art. 30-A Lei n. 9.504/97. Prazo para ajuizamento: Até 15 dias da diplomação.	Ação Coletiva de Impugnação de Mandato Eletivo

⁴⁷⁹ BRASI. *Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais*. Recurso Eleitoral nº 1-56.2013.6.13.0293. Prataópolis - Protocolo: 1.028/2013 - 293ª ZONA. Relator: Juiz Wladimir Rodrigues Dias. Publicado em 29 de agosto de 2014 no Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. [Http://inter03.tse.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/diario.do](http://inter03.tse.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/diario.do). Acesso em 16 de setembro de 2014.

Ação de Investigação Judicial Eleitoral	Uso indevido, 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 - Art. 22, inciso XIV, Lei Complementar n. 64/90 - Ação de Investigação Judicial Eleitoral – AIJE. Prazo para ajuizamento: Até a diplomação.	Ação Coletiva de Impugnação de Mandato Eletivo
Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo	Abuso de poder econômico, fraude e/ou corrupção - Art. 14, §10, Constituição Federal. Prazo para ajuizamento: Até 15 dias após a diplomação.	Ação Coletiva de Impugnação de Mandato Eletivo. Essa será única ação eleitoral que abarcará todos os fatos ilícitos praticados durante as eleições
Recurso contra expedição de diploma	Nulidade de diploma em casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. Prazo para ajuizamento: Até 03 dias após a diplomação.	Sem alteração. O RCED somente ataca inelegibilidade, portanto, não deve ser alterado esse modelo.
Ação de Impugnação de Registro de Candidatura – AIRC	Declaração de inelegibilidade no Registro de Candidatura - Art. 2º, da Lei Complementar n. 64/90. Prazo para ajuizamento da Impugnação: 05 dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato	Sem alteração. A AIRC é uma ação que ataca o registro de candidatos, os quais são inelegíveis. Portanto, também, não se deve alterar esse modelo.

Então, com o enfoque na teoria da ação temática, haveria uma única ação judicial eleitoral – temática – na qual todos os interessados difusos poderiam trazer ao Juízo Eleitoral as várias questões pertinentes às eleições, tais como: abuso de poder econômico, político, captação ilícita de sufrágio, captação ou gastos ilícitos de recursos, todas as condutas vedadas previstas nos arts. 73 e 74 da Lei n. 9.504/97.

A existência de uma única ação conjuntamente com a adoção da ação temática resolveria os vários problemas concernentes à legitimidade, litispendência, coisa julgada, pois o sistema, como é hoje, propicia o caos e segundo Roberta Maia Gresta “*ao tempo que restringe a participação dos interessados e a ampla fiscalidade da legitimidade das eleições e de seus resultados, propicia a proliferação de ações com objetos similares ou idênticos*”⁴⁸⁰.

Outro obstáculo que pode exsurgir no período eleitoral é a realização da prova. Por muitas vezes, a colheita da prova pode ser realizada antes da propositura da ação principal. No caso do Direito Eleitoral, também, não poderia ser diferente, pois, no decorrer das eleições, caso haja necessidade de preservar a prova, o autor poderá utilizar-se da ação cautelar a fim de que a prova seja judicializada e usada no processo principal, no caso a Ação Coletiva de Impugnação de Mandato. Naturalmente, dada as peculiaridades do Direito Eleitoral, o prazo para propositura da ação principal seria aquele já proposto, ou seja, até 30 dias, após a diplomação dos eleitos. Assim, o prazo de 30 dias previstos para propositura da ação principal, após ajuizamento da ação cautelar, previsto no Código de Processo Civil, não poderia ser utilizado no Direito Eleitoral, pois deve contar com normas próprias nesse caso.

9.4.4 Coisa julgada, conexão, litispendência e litisconsórcio

No plano individual e no processo coletivo, a coisa julgada segundo Fredie Didier é “imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial”⁴⁸¹.

Por sua vez, a coisa julgada formal é “a imutabilidade da decisão judicial dentro do processo em que foi proferida, porquanto não possa mais ser impugnada por recurso – seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo decurso do prazo do recurso cabível.”⁴⁸² A

⁴⁸⁰ GRESTA, Roberta Maia, Lara Marina Ferreira e Mariana Sousa Bracarense. Coletânea de artigos jurídicos Nap 2011. Igor Alves Noberto Soares, et al, (organizadores). *Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral*. 1ª edição. Curitiba, PR: CRV, 2012, p. 229.

⁴⁸¹ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 552.

⁴⁸² DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 553.

coisa julga material é “a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual”⁴⁸³.

Segundo o art. 458 do Código de Processo Civil⁴⁸⁴, o Juiz resolverá as questões no dispositivo, o que implica dizer que somente faz coisa julgada segundo o dispositivo. Esse é o entendimento da jurisprudência e dos autores.

Assim, a coisa julgada formal ocorre quando a sentença transita em julgado. Isso quer dizer que não cabe mais recurso da sentença. Por sua vez, a discussão em torno da causa já decidida não mais é permitida. Ocorre, desse modo, a coisa julgada material. Não se pode mais discutir acerca da justeza ou não da decisão.

Igualmente, Hugo Nigro Mazzilli assim a define:

Toda sentença, independentemente de ter transitado em julgado, é apta a produzir efeitos jurídicos (estamos aqui a nos referir à extensão subjetiva ou objetiva dos efeitos da sentença); ora, a coisa julgada é apenas a imutabilidade desses efeitos, ou seja, uma qualidade que esses efeitos adquirem com o trânsito em julgado da sentença, por meio da qual se impede que as partes discutam a mesma causa novamente (coisa julgada material).

Coisa julgada não é efeito da sentença; não decorre do conteúdo da decisão; não significa eficácia objetiva ou subjetiva da sentença: é apenas a imutabilidade dos efeitos da sentença, adquirida com trânsito em julgado.

A imutabilidade alcança apenas o dispositivo da sentença, não os motivos nos quais se baseou; para que a autoridade da coisa julgada se estenda a uma questão prejudicial de mérito, é preciso utilizar-se da ação declaratória incidental⁴⁸⁵.

No processo coletivo delineado no ordenamento jurídico, a coisa julgada *secundum eventus litis* (segundo resultado do processo) ocorre do seguinte modo⁴⁸⁶: Nos direitos difusos: a coisa julgada será *erga omnes*, se procedente. Nos direitos coletivos *strictu sensu*, a coisa julgada será *ultra partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe de lesados.

Tanto nos direitos difusos quanto nos direitos coletivos, se improcedente o pedido, por falta de provas, outra ação poderá ser proposta.

⁴⁸³ DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 553.

⁴⁸⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. www.planalto.gov.br. Acesso em 04.06.2014. “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

⁴⁸⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 593.

⁴⁸⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 594-608.

Nos direitos homogêneos, haverá coisa julgada mesmo no caso de insuficiência de provas, mas apenas no plano coletivo, permitindo o ajuizamento das ações individuais se for o caso. Nesse caso, a coisa julgada poderá ser transferida (coisa julgada *in utilibus*) para o plano individual. Atente-se que o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública restringe a coisa julgada nos limites da competência territorial, embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já comece a fazer uma interpretação no sentido de estender a coisa julgada a todo território nacional.

Igualmente, no Direito Eleitoral, a coisa julgada opera-se segundo dispõe o art. 458 do Código de Processo Civil, pois as regras aplicadas na Justiça Eleitoral são as previstas no CPC. Portanto, ela é individualista e patrimonialista, muito embora, como demonstramos nessa dissertação acerca da natureza coletiva do Direito Eleitoral.

De toda forma, o modelo vigente da coisa julgada para as ações coletivas não é suficiente para dar uma resposta àqueles que efetivamente não participaram do processo.

Segundo Roberta Maia Gresta, o modelo vigente apenas serve para mascarar a exclusão do cidadão da defesa dos direitos coletivos:

As técnicas adotadas na legislação vigente objetivam minimizar a visibilidade da exclusão dos cidadãos dos procedimentos coletivos. Medidas como o aproveitamento nas ações individuais da sentença coletiva favorável e o ajuizamento de nova ação em caso de insucesso probatório do representante adequado obliteram o enfrentamento da questão central: por que, a despeito da inevitabilidade da produção de efeitos da decisão coletiva sobre os membros da coletividade, não podem estes participar diretamente do procedimento judicial respectivo?⁴⁸⁷

Prossegue a referida autora:

A ação temática se desvencilha da necessidade de recurso a tais construções artificiais, porque o reconhecimento da ampla legitimidade de participação nos procedimentos coletivos elimina a condição de *terceiro*. Todos os possíveis afetados pela decisão são vistos como potenciais interessados, com prerrogativa de ingressar no procedimento e atuar de forma ampla. A autoproclamação da condição de interessado na questão suscitada pelo autor franqueia o acesso à instância decisória, na oportunidade legalmente assinalada para tanto. Com isso, os interessados serão alcançados pelos efeitos da decisão como *partes*⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ GRESTA, Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p.221.

⁴⁸⁸ GRESTA, Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014, p. 221.

Assim, a ação temática, nesse ponto, consegue estabelecer uma correlação entre os limites subjetivos da coisa julgada e todos aqueles que são alcançados pela sentença, uma vez franqueada a participação dos interessados difusos na ação coletiva.

Assim, conclui Natália Chernicharo Guimarães:

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada nos direitos difusos, deduz-se, portanto, que, desde que observado o devido processo constitucional – e sua observância é pressuposto do modelo participativo –, há formação da coisa julgada; se parte no processo coletivo é aquela que tem a oportunidade de participar do devido processo, da construção da decisão e, por conseguinte, é aquela que sofre os efeitos da decisão, sendo que, todos os interessados difusos são legitimados para participar, em razão da própria caracterização dos direitos difusos, afirma-se que não existem terceiros na ação temática. Ou seja: em razão de o objeto da ação temática ser o fato jurídico ou a circunstância de fato que afeta um número indeterminado e indeterminável de pessoas, sendo, portanto, todos os interessados difusos legitimados para ajuizar a ação, todo e qualquer interessado difuso será parte porque tem a oportunidade de participar da construção da decisão e sofrerá seus efeitos. Portanto, tendo em vista que não há terceiros na ação temática, os limites subjetivos da coisa julgada (concebida como coextensão do devido processo constitucional) serão as próprias partes⁴⁸⁹.

De toda forma, no Direito Eleitoral, a coisa julgada também atinge todos os legitimados – Ministério Público Eleitoral, coligações, partidos e candidatos e, também, os cidadãos que sequer podem participar do processo jurisdicional eleitoral.

Há algumas peculiaridades na formação da coisa julgada no Direito Eleitoral. Cumpre mencionar que os efeitos da coisa julgada no Direito Eleitoral operam-se por período, pois seus efeitos estão atrelados ao prazo do mandato (4 anos), quando houver cassação de registro, diploma, mandato, como, por exemplo, no caso do art. 22, inciso XIV, da Lei Complementar n. 64/90, art. 41-A, arts. 73 e 77 da Lei n. 9.504/97 e, naturalmente, art. 14, §10º da Constituição Federal e, ainda, a inelegibilidade sanção prevista no inciso XIV, art. 22 da LC 64/90 cujos efeitos protraem no tempo, por anos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que o candidato concorreu.

Em se tratando das inelegibilidades previstas no art. 1º da LC 64/90, dependerá dos ilícitos praticados. Assim, os efeitos variarão, podendo iniciar quando proferida a decisão no processo no qual a pessoa foi condenada ou a partir do cumprimento da sentença, mas o prazo será sempre de 8 (oito) anos. Assim, o que varia é o momento em que se começa a contar o prazo de oito anos. Ressalte-se que as inelegibilidades previstas no art. 1º daquele diploma são efeitos da sentença e não sanção.

⁴⁸⁹GUIMARÃES. Natália Chernicharo. *A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2010, p. 146.

As inelegibilidades constitucionais aplicam-se aos candidatos enquanto perdurarem a situação na qual eles se encontram⁴⁹⁰.

De toda forma, somente com a participação de todos interessados difusos na ação coletiva eleitoral é que a coisa julgada poderá ser estendida a eles. Como bem concluiu Natália Chernicharo Guimarães:

Se as partes, consideradas como todos os interessados difusos, representarão a extensão subjetiva da coisa julgada, aliás, se somente existe coisa julgada caso ocorra o devido processo constitucional e todos os interessados difusos são legitimados a participar da construção da decisão, sendo, portanto, seus autores e destinatários, obviamente, a coisa julgada deve ser estendida a todas as partes. Seria despiciendo tratar de limites subjetivos se todas as partes (todos os interessados difusos) possuirão a garantia da coisa julgada, uma vez observado o devido processo constitucional na ação temática; contudo, a terminologia pode continuar a ser utilizada no direito coletivo para designar a extensão subjetiva da coisa julgada, sem qualquer prejuízo terminológico⁴⁹¹.

Igualmente, os institutos jurídicos da conexão, litispendência, litisconsórcio são resolvidos com a ação temática, tendo em vista que todos interessados poderão aderir à ação coletiva ajuizada por qualquer autor e deduzirem seus argumentos e, ainda, a adoção de uma única ação coletiva eleitoral. É certo que esses institutos desaparecerão no Direito Eleitoral. Portanto, haverá maior qualidade na decisão judicial e, também, o processo será mais célere, tanto mais porque não haverá várias ações versando sobre fatos conexos ou os mesmos fatos.

9.4.5 O ostracismo da legislação eleitoral

A Justiça Eleitoral foi criada primeiramente para realizar eleições e processar julgar crimes eleitorais. Até 1988, não havia nenhuma ação judicial eleitoral com finalidade de cassar registro/diploma/mandato.

⁴⁹⁰BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014. “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]; §7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. § 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

⁴⁹¹GUIMARÃES. Natália Chernicharo. *A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2010, p. 146.

Do primeiro Código Eleitoral editado em 1932 pelo Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 até ao atualmente vigente, editado em 15 de julho de 1965, não há nenhuma previsão de ações, somente o recurso contra expedição de diploma que, na verdade, tinha natureza administrativa.

É a partir de 1988 que foram editadas a lei complementar n. 64/90, lei n. 9.504/97 e a ação de impugnação de mandato eletivo, prevista no artigo 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal de 1988.

A criação da ação de impugnação de mandato eletivo, da ação judicial eleitoral e da representação pela prática de captação ilícita de sufrágio e conduta vedada formam o arcabouço jurídico à disposição dos legitimados para questionarem atos ilícitos praticados pelos candidatos.

Hodiernamente, as eleições são regulamentadas por resoluções, pois as normas previstas no Código Eleitoral, e, ainda, nas leis extravagantes, não se aplicam às várias questões surgidas em um mundo moderno, haja vista a legislação concernente às urnas eletrônicas. Ao editar resoluções a cada eleição, o TSE, não raramente, extrapola os limites do poder regulamentar e cria lei abstrata, como já discorremos nessa dissertação.

A verdade é que a legislação eleitoral é uma colcha de retalhos de difícil entendimento e, muitas das vezes, confusa, contraditória e até absurda.

As resoluções editadas a cada eleição trazem mudanças substanciais nos direitos dos interessados.

Os legisladores optaram por “enxertar” a legislação eleitoral em vez de editar um Código Eleitoral que unifique todas as leis esparsas. Isso não quer dizer que a Justiça Eleitoral possa se arvorar em legislador e expedir resoluções cuja natureza seja de lei formal. Nesse passo, Eneida Desiree Salgado aduz que:

A legalidade específica, absoluta ou estrita, alcança determinados ramos do Direito, como o Direito Penal, o Direito Tributário, o Direito Administrativo e o Direito Eleitoral, relacionados intimamente com o núcleo essencial de direitos fundamentais. Nesses casos, a Constituição permite a regulação do exercício dos direitos e a imposições de deveres apenas por lei formal votada pelo Parlamento, com a participação da representação política em um espaço deliberativo plural e público.

O desenvolvimento deste princípio se relaciona diretamente com a competência da Justiça Eleitoral e com sua função na verificação de poderes. As regras do jogo eleitoral, esqueleto do regime democrático, devem necessariamente se originar do Parlamento, e de um Parlamento formado a partir da representação das forças sociais. No Brasil não tem sido assim.⁴⁹²

⁴⁹² SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 216.

Somente no ano de 2014, foram editadas pelo TSE e TREMG em torno de 15 resoluções para disciplinar as eleições. São elas:

Resolução TSE n. 23.390, de 21.05.2013, disciplina o calendário eleitoral – Eleições de 2014; Resolução TSE n. 23.395, de 17.12.2013, dispõe sobre os modelos de lacres para as urnas, etiquetas de segurança e envelopes com lacres de segurança e seu uso nas eleições de 2014; Resolução TSE n. 23.396, de 17.12.2013, dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais; Resolução TSE n. 23.397, de 17.12.2013, dispõe sobre a cerimônia de assinatura digital e fiscalização do sistema eletrônico de votação, do registro digital do voto, da votação paralela e dos procedimentos de segurança dos dados dos sistemas eleitorais; Resolução TSE n. 23.398, de 17.12.2013, dispõe sobre representações, reclamações e pedidos de direito de resposta previstos na Lei n. 9.504/97; Resolução TSE n. 23.399, de 17.12.2013, dispõe sobre os atos preparatórios para as eleições de 2014; Resolução TSE n. 23.400, de 17.12.2013, dispõe sobre pesquisas eleitorais para as eleições de 2014; Resolução TSE n. 23.404, de 27.02.2014, dispõe sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas Eleições de 2014; Resolução TSE n. 23.405, de 27.02.2014, dispõe sobre a escolha e o registro de candidaturas nas Eleições de 2014; Resolução TSE n. 23.406, de 27.02.2014, dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas Eleições de 2014; Resolução TREMG n. 930, de 21.11.2013, designa os Juízes Auxiliares para a apreciação das reclamações e representações do art. 96 da Lei n. 9.504/97 nas Eleições de 2014; Resolução TREMG n. 966, de 08.05.2014, define a composição das Mesas Receptoras de Votos, de Justificativas e de Votos dos Eleitores em Trânsito nas Eleições Gerais de 2014; Resolução TREMG n. 967, de 22.05.2014, dispõe sobre os procedimentos administrativos referentes ao controle de arrecadação e aplicação de recursos de campanha e da prestação de contas dos partidos, candidatos e comitês financeiros nas eleições de 2014; Resolução TREMG n. 972, de 09.06.2014, fixa prazos e procedimentos para a agregação temporária de seções nas eleições gerais de 2014; Resolução TREMG n. 974, de 18.06.2014, dispõe sobre o exercício do poder de polícia na fiscalização da propaganda eleitoral e sobre o sistema de Denúncia Online nas eleições gerais.

Não somente o Tribunal Superior Eleitoral expede resoluções para disciplinar/regulamentar as eleições, mas também os Tribunais Regionais as expedem, sob o pretexto de regulamentar no âmbito regional as eleições.

Algumas resoluções inovam no mundo jurídico, tal como a que previu a nomeação de advogado e contador na prestação de contas – art. 33, §4º da Resolução TSE n. 23.406/2014. Acrescente-se, ainda, que algumas das resoluções expedidas pelo TSE repetem dispositivos da lei eleitoral, como a Lei n. 9.504/97, quer se trate de crimes quer se trate de conduta cível-eleitoral. Imagine se o Executivo Federal tivesse de regulamentar por Decreto o Código Penal ou as leis penais extravagantes?

A questão mereceu de Eneida Desiree Salgado a seguinte reflexão:

No Brasil, desde sempre, as regras eleitorais se sucedem rapidamente, sendo alteradas em larga ou pequena escala, em mudanças constantes, sem sistematização, sem coerência. Há muito se discute sobre uma consolidação das leis eleitorais, sem sucesso. A previsão constitucional de lei complementar sobre a organização e competência da Justiça Eleitoral foi precariamente suprida pela recepção do Código Eleitoral, Lei n. 4.737/65. Esse diploma normativo, que passou pela promulgação de três textos constitucionais, está ainda em vigor, parcialmente como lei complementar, parcialmente como lei ordinária, com alguns dispositivos expressamente revogados e outros cuja aplicação está afastada em face do dispositivo legal posterior em sentido contrário.

As “leis do ano”, elaboradas para regulamentar uma eleição específica – como as leis n. 7.773/89, n. 8.214/91, n. 8.713/93, n. 9.100/95 -, deram lugar à Lei n. 9.504/97, Lei das Eleições, que pretendia dar uma sustentação normativa estável às disputas eleitorais. Essa lei, no entanto, foi alterada pelas leis n. 9.840/99, n. 10.408/02, n. 10.740/03, n. 11.300/06 e n. 12.034/09. E mais, interpretada e estendida pelas “resoluções” do Tribunal Superior Eleitoral que, com o pretexto de adaptar a lei à eleição em disputa, acabam por inovar na ordem jurídica, impondo obrigações e restringindo direitos⁴⁹³.

Eneida Desiree Salgado conclui pela incompetência da Justiça Eleitoral para exercer o poder regulamentar, pois a Constituição Federal optou, em matéria eleitoral, pela estrita legalidade. Em suas palavras:

Se há previsão constitucional de competência normativa em relação à Justiça do Trabalho e de competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, em matéria eleitoral, a Constituição adota a estrita legalidade, afastando a criação de regras eleitorais fora do Parlamento. Não cabe, em caso algum, Poder Judiciário, seja pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo Tribunal Superior Eleitoral, “aprimorar” a legislação eleitoral e as instituições políticas, nem sequer expedir resoluções.

A Constituição reserva à lei complementar a definição da organização e competência da Justiça Eleitoral. Até a edição dessa lei, o Código Eleitoral é considerado (parcialmente) lei complementar para os fins da exigência constitucional. E prevê, junto com a Lei dos Partidos Políticos e com a Lei das Eleições, a edição de instruções (e não regulamentos) pelo Tribunal Superior Eleitoral⁴⁹⁴.

⁴⁹³ SALGADO. Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 25-26.

⁴⁹⁴ SALGADO. Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 221.

Daí, Eneida Desiree Salgado afirma que “A Justiça Eleitoral, com a conveniência do Supremo Tribunal Federal ou a partir do seu impulso, inova em matéria eleitoral, a partir de uma autorreconhecida “competência normativa”⁴⁹⁵. Prossegue a autora asseverando:

Não se podem admitir regulamentos emanados do Poder Judiciário em matéria eleitoral. Menos ainda a possibilidade de regulamentos autônomos em face do princípio constitucional da estrita legalidade.

O princípio da legalidade, chave do sistema jurídico brasileiro, impõe um conceito de regulamento que não ultrapasse a medida da lei que lhe dá fundamento. O regulamento é ato “estritamente subordinado”, “dependente de lei”, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁹⁶.

As regras processuais são praticamente inexistentes no Código Eleitoral e nas leis eleitorais extravagantes, o que causa grande insegurança, pois, ao utilizar o Código de Processo Civil, o julgador escolhe as regras que deseja utilizar. Isso traz grandes transtornos à defesa.

Já é hora de o Congresso sistematizar toda a legislação eleitoral em um Código Eleitoral para dar segurança jurídica aos jurisdicionados e, também, para permitir aos interessados o exercício da ampla defesa e do contraditório. No Direito Eleitoral, os jurisdicionados esperam a tão almejada segurança jurídica, porém tão combatida na Justiça Eleitoral.

Como já dito, a Constituição Federal deveria prever somente uma ação eleitoral – ação de impugnação de mandato – sem que trate dos casos para os quais ela será ajuizada. Ademais, a Carta Magna não deve ser empregada para tecer minúcias sobre determinado instituto. Isso deve ser deixado para lei complementar e/ou lei ordinária.

Essa lei ordinária/complementar – exemplo: um novo Código Eleitoral - deverá unificar todos os fatos elencados na Lei n. 9.504/97 e na Lei Complementar n. 64/90. Sendo lei ordinária/complementar, o legislador poderá acrescentar ou retirar fatos. Isso dará maior liberdade ao legislador para sancionar quaisquer fatos que possam afetar o equilíbrio entre os candidatos.

Deverá haver previsão também de normas processuais coletivas e/ou integrar o Direito Eleitoral ao microsistema de Direito Coletivo.

Somente com tais mudanças será possível assegurar aos interessados difusos o exercício da democracia em um Estado Democrático de Direito.

⁴⁹⁵ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 217.

⁴⁹⁶ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 236.

10. CONCLUSÃO

Muito se discute sobre a representação, legitimidade e democracia. Há aqueles que afirmam ser impossível uma democracia baseada no modelo representativo, porquanto, dificilmente, no mundo moderno, o povo poderia exercer o poder que lhe pertence diretamente.

Equivocam-se aqueles que pensam assim porque a participação dos cidadãos tanto na vida política quanto no processo é uma garantia constitucional erigida como direito fundamental prevista no art. 1º, parágrafo único, ou seja: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” e, claro também, o acesso à justiça previsto no art. 5º XXXV, que dispõe que nenhuma ameaça a direito deverá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário.

A Democracia delineada na Carta de 1988 nunca foi somente representativa, mas sim atrelada à participação popular para que o “povo” fosse inserido nas tomadas de decisões, quer por plebiscito, quer por referendun ou por conselhos, portanto, todos os Poderes têm a incumbência de dar efetividade à Constituição, de forma conceder ao povo espaço na administração do País, na feitura de Leis e, naturalmente, legitimidade para ações coletivas.

Igualmente, deve haver uma evolução no processo coletivo jurisdicional para que encontre sua natureza constitucional, pois o modelo hodierno é individual e patrimonial. A participação de todos os interessados difusos, arrimado na tese do Professor Dr. Vicente de Paula, no processo eleitoral (entenda processo jurisdicional eleitoral) é medida sustentada pelo Estado Democrático de Direito.

A questão deve ser vista sob a seguinte ótica: há uma Constituição que tem de ser lida e colocada em prática. Os intérpretes não devem descartar o que não apreciam ou acham impossível de colocar em prática e defenderem somente o que é fácil fazer. Todos direitos que a sociedade moderna conquistou foram à custa de muita luta e sangue. Muitos lutaram para que tivéssemos uma Constituição como a de 1988.

Deve-se colocar a Constituição Federal em prática, de forma a permitir ampla participação da sociedade no processo jurisdicional.

Assim, a presente pesquisa procurou trazer a lume a natureza coletiva do Direito Eleitoral de forma a conduzir à assertiva de que a legitimação ativa deve alcançar todos os interessados difusos, sustentado na teoria da ação temática, tese do Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior.

Portanto, as conclusões não definitivas a que chegamos podem lançar uma luz ao tão conturbado procedimento aplicado na Justiça Eleitoral, uma vez que existem decisões que são proferidas, às vezes, com base no Direito Processual Coletivo, às vezes, com base no Direito Processual Individual. Desse modo, enumeram-se os resultados provisórios a que se chegou nesta pesquisa, a saber:

1. A Justiça Eleitoral tem duas funções precípua (sem se esquecer da função normativa e consultiva) que se sobressaem: A função administrativa e a função judicial, as quais coexistem e tornam a Justiça Eleitoral muito peculiar;

2. A Justiça Eleitoral exerce função administrativa *típica* do Poder Executivo. Portanto, ela a exerce atipicamente, pois lhe foi conferida em razão do momento histórico em que vivia o país. Todavia, não há nenhum impedimento legal ao Poder Executivo para que volte a exercer essa função típica, de organização das eleições com todas as suas nuances, uma vez que, ao Poder Judiciário foi reservado, pela teoria da tripartição dos poderes, precipuamente o exercício da jurisdição, ou seja, a função judicial.

3. O Direito Eleitoral é direito coletivo, pois tutela os direitos políticos dos cidadãos, que são direitos difusos, quais sejam: o sufrágio universal, o voto, a capacidade ativa e passiva do cidadão;

4. O Direito Eleitoral tutela direitos coletivos e direitos individuais do cidadão. Na dimensão difusa, pelos interessados difusos, e na coletiva *strictu sensu*, pelos filiados a Partidos Políticos, e, ainda, na individual, como o direito de votar e ser votado;

5. O princípio da inafastabilidade da jurisdição é a base teórica para arrimar a participação dos interessados difusos na ação coletiva eleitoral como forma de dar efetividade ao Estado Democrático de Direito;

6. A restrição da legitimação ativa apenas à Coligação, Partido, candidato e Ministério Público prevista em lei infraconstitucional não se sustenta ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o Estado Democrático de Direito;

7. A ação temática é a técnica adequada para ser aplicada no Direito Eleitoral Coletivo, em razão de sua base de sustentação estar amparada na participação democrática de todos interessados afetados pelo provimento final proferido pelo Juiz;

8. Também, a proposta de uma única ação coletiva de impugnação de mandato eletivo a ser utilizada na Justiça Eleitoral para abarcar todos ilícitos, porventura, praticados por candidatos ou terceiros em benefícios destes, é medida que se impõe para dar mais segurança aos candidatos e aos interessados difusos que vierem a propor tal ação.

A adoção da ação temática eleitoral evitará o ajuizamento de várias ações com os mesmos fatos e, ainda, os candidatos poderão realizar suas campanhas eleitorais sem que tenham de se preocupar em se defender muitas das vezes de ações inócuas. Assim, 30 dias após a diplomação dos candidatos, marco inicial para a propositura desta ação, tanto o candidato quanto interessados difusos poderão se preparar para exercer o direito de ação e de defesa perante o Juízo com maior amplitude possível e celeridade:

9. A não adoção da ação temática em razão da dificuldade de operacionalidade não se justifica em um mundo em rede, globalizado, cuja tecnologia já alcançou limites antes nunca sonhados, pois no Brasil, o Poder Judiciário já possui tecnologia para implantar o "processo eletrônico" de forma a aperfeiçoar/aperfeiçoar o processo judicial a ponto de o número de partes no processo não impedir o seu regular trâmite;

10. A função administrativa típica do Poder Executivo exercida pela Justiça Eleitoral deve ser repensada a fim de que se chegue a uma conclusão se realmente a Justiça tem a aptidão para organizar as eleições, uma vez que tal função pode ofuscar a sua verdadeira vocação que é a função jurisdicional.

Por conseguinte, a presente pesquisa é uma pequena contribuição para o Direito Eleitoral Coletivo para que ele possa ser aplicado de acordo com os novos ditames constitucionais: o Estado Democrático de Direito e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, direitos fundamentais insculpidos na Constituição da República do Brasil, que são de observância obrigatória pela e em prol da sociedade.

Por fim, sugerimos uma proposta de Emenda Constitucional e uma proposta de Lei Complementar, que compõem os anexos desta dissertação.

ANEXO I

PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº

Altera o artigo 14, §10 da Constituição Federal, para estabelecer lei complementar para disciplinar ação de impugnação de mandato eletivo.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O §10 do art. 14 passa a vigorar com a seguinte redação:

“art. 14, §10 – O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de 30 dias contados da diplomação.

Art. 2º. O §11, do art. 14 passa a ter a seguinte redação:

“Art. 14. §11. Lei complementar regulamentará a ação de impugnação de mandato eletivo ante a Justiça Eleitoral, o respectivo procedimento e sanções.

Art. 3º. Fica acrescido o §6º ao art. 5º no Ato das Disposições constitucionais Transitórias.

“Art. 4º [...]

§6º. A lei complementar a que se refere o §10 do art. 14 da Constituição deverá ser enviada e aprovada pelo Congresso Nacional no prazo Máximo de 12 meses.”

Art. 4º. Esta emenda entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília,

ANEXO II

Projeto de Lei Complementar n.

Altera a Lei Complementar 64/90 e Lei n. 9.504/97 e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

Capítulo I

Art.1º. Esta lei regulamenta a ação de impugnação de mandato eletivo para apuração dos ilícitos nela previstos.

Art. 2º Qualquer interessado, sendo eleitor ou não, partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá propor ação de impugnação de mandato eletivo perante a Justiça Eleitoral.

Art. 3º. O seguinte rito será adotado:

I - o Relator ou o Juiz Eleitoral em processos judiciais, ao despachar a inicial, adotará as seguintes providências:

a – expedirá edital de citação a todos os interessados para, no prazo de 20 (vinte) dias, trazer argumentos a favor ou contra aqueles dispostos na petição inicial;

b – o Juiz, no prazo de 10 (dez) dias proferirá despacho saneador para agrupar os argumentos dos interessados ou rechaçar aqueles impertinentes;

b - após o prazo da Alínea b ordenará a citação do requerido do conteúdo da petição ou petições, entregando-se-lhe a segunda via apresentada pelo autor ou autores com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 20 (vinte) dias, ofereça ampla defesa, juntada de documentos e rol de testemunhas, se cabível e, inclusive, requerer juntada de documentos em poder de terceiros ou do Poder Público;

II - findo o prazo da citação, com ou sem defesa, abrir-se-á prazo de 10 (dez) dias para inquirição, em uma só assentada, de testemunhas arroladas pelo autor e pelo requerido, até o máximo de 10 (dez) para cada um, as quais serão intimadas pelo Juízo;

III - nos 5 (cinco) dias subseqüentes, o Relator ou o Juiz procederá a todas as diligências que determinar, *ex officio* ou a requerimento das partes;

IV - no prazo do inciso anterior, o Relator ou Juiz poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão do processo;

V- quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, inclusive estabelecimento de crédito, oficial ou privado, o Relator ou Juiz poderá, ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito ou requisitar cópias;

VI - se o terceiro, sem justa causa, não exhibir o documento, ou não comparecer a juízo, o Relator ou Juiz poderá determinar sua condução coercitiva ao Juízo, bem expedir mandado de busca e apreensão de coisas, sem prejuízo da instauração de processo por crime de desobediência.

VII - encerrado o prazo da dilação probatória, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 10 (dez) dias;

VIII – quando o Ministério Público não for parte, atuará como fiscal da lei;

IX - terminado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Relator ou Juiz no dia imediato, para apresentação de relatório conclusivo sobre o que houver sido apurado;

X – após finalizar a instrução probatória, o Juiz proferirá sentença no prazo de 30 dias e o Relator, no prazo de 30 (trinta) dias, dependendo da quantidade de processos conclusos, observando-se a ordem de distribuição, encaminhará os autos ao Plenário do Tribunal, com pedido de inclusão incontinenti do feito em pauta, para julgamento na primeira sessão subseqüente;

§1º - O julgamento dos recursos eleitorais nos Tribunais deverá ocorrer no prazo máximo de 2 (dois) anos;

XI- no Tribunal, o Procurador-Geral ou Regional Eleitoral terá vista dos autos por 10 (dez) dias;

XII – julgada procedente a ação, o Tribunal ou Juiz declarará a inelegibilidade do requerido e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos **8 (oito)** anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro, diploma ou mandato do candidato diretamente beneficiado pela conduta ilícita e sujeitará à multa no valor de cinco mil a cem mil Ufirs, sem prejuízo de outras sanções de caráter constitucional, administrativa, cível e/ou penal.

§1º As sanções de inelegibilidade e multa podem ser aplicadas isoladamente em observância ao princípio da proporcionalidade.

§2º. A ação prevista no art. 1º poderá ser proposta em razão de condutas ilícitas prevista nesta lei somente por fatos ocorridos após dia 05 de julho do ano da eleição.

§3º. A ação de impugnação de mandato eletivo proposta contra condutas ilícitas previstas nesta lei poderá ser ajuizada até 30 dias após a data da diplomação.

XIII – Para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.

XIV - A propaganda eleitoral irregular abusiva e crimes eleitorais praticados para desequilibrar a igualdade entre os candidatos no pleito eleitoral poderão ensejar ação de impugnação de mandato eletivo, sujeitando à sanção prevista no inciso XII e 1º.

XV. O prazo de recurso contra decisões proferidas pelo Juiz ou pelo Tribunal nas ações eleitorais propostas com base nesta lei será de 20 (vinte) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

Art. 4º. Os legitimados previstos no art. 2º poderão ajuizar medida cautelar para produção antecipada de prova e/ou para suspender o ato ou a conduta que deu motivo à ação, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficiência da medida, caso seja julgada procedente a ação principal, sem prejuízo das sanções previstas no inciso XII.

Capítulo II

DOS ATOS LESIVOS A VONTADE POPULAR E AO EQUILÍBRIO DO PLEITO ELEITORAL

Art. 5º. Constituem atos ilícitos eleitorais os previstos nesta lei.

Art. 6º. Uso indevido, 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.

Art. 7º. Condutas em desacordo com as normas desta Lei n. 9.504/97, relativas à arrecadação e gastos de recursos.

Art. 8º. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos da Lei n. 9.504/97, constitui captação de sufrágio, vedada por esta 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.

§ 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir.

Art. 9º. São proibidas aos agentes públicos, servidores 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 n. 9.504/97 e até a posse dos eleitos.

§1º. Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

§2º. A vedação do inciso I do *caput* não se aplica ao uso, em campanha, de transporte oficial pelo Presidente da República, obedecido o disposto no art. 5º, nem ao uso, em campanha, pelos candidatos a reeleição de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito, de suas residências oficiais para realização de contatos, encontros e reuniões pertinentes à própria campanha, desde que não tenham caráter de ato público.

§3º. As vedações do inciso VI do *caput*, alíneas b e c, aplicam-se apenas aos agentes públicos das esferas administrativas cujos cargos estejam em disputa na eleição.

§4º. As multas de que trata este artigo serão duplicadas a cada reincidência.

§5º. As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa prevista na Lei n. 8.429/92 a que se refere o e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às sanções do art. 12;

§6º. Aplicam-se as sanções desta lei aos agentes públicos responsáveis pelas condutas vedadas e aos partidos, coligações e candidatos que delas se beneficiarem.

§7º. Na distribuição dos recursos do Fundo Partidário oriundos da aplicação do disposto no § 4º, deverão ser excluídos os partidos beneficiados pelos atos que originaram as multas.

§8º. No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

§9. Nos anos eleitorais, os programas sociais de que trata o §10 não poderão ser executados por entidade nominalmente vinculada a candidato ou por esse mantida.

Art. 10. Configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no inciso I desta Lei, a infringência do disposto no §1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito à cassação do registro, diploma ou mandato.

Art. 11. Nos três meses que antecederem as eleições, na realização de inaugurações é vedada a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos.

Art. 12. O ressarcimento das despesas com o uso de transporte oficial pelo Presidente da República e sua comitiva em campanha eleitoral será de responsabilidade do partido político ou coligação a que esteja vinculado.

§ 1º O ressarcimento de que trata este artigo terá por base o tipo de transporte usado e a respectiva tarifa de mercado cobrada no trecho correspondente, ressalvado o uso do avião presidencial, cujo ressarcimento corresponderá ao aluguel de uma aeronave de propulsão a jato do tipo táxi aéreo.

§ 2º No prazo de dez dias úteis da realização do pleito, em primeiro turno, ou segundo, se houver, o órgão competente de controle interno procederá *ex officio* à cobrança dos valores devidos nos termos dos parágrafos anteriores.

§ 3º A falta do ressarcimento, no prazo estipulado, implicará a comunicação do fato ao Ministério Público Eleitoral, pelo órgão de controle interno.

§ 4º Recebida a denúncia do Ministério Público, a Justiça Eleitoral apreciará o feito no prazo de trinta dias, aplicando aos infratores sob pena de multa correspondente ao dobro das despesas, duplicada a cada reiteração de conduta.

Art. 13. É proibido a qualquer candidato comparecer, nos 3 (três) meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas.

Art. 14. O Relator ou Juiz poderá determinar a tramitação da ação de impugnação de mandato em segredo de justiça.

Art. 15. O autor responderá, na forma da lei processual civil, se o ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo for temerário ou de manifesta má-fé.

Art. 16. Aplicam-se subsidiariamente as normas da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 e do Código de Processo Civil, no que não conflitar com esta lei.

Art. 17. O Executivo, no prazo de 180 dias, deverá enviar lei ao Congresso Nacional para alterar os prazos do pedido de registro de candidatura e convenções partidárias previstos na Lei n. 9.504/97 para que seja viável a utilização do rito previsto nesta lei.

Art. 14. Revogam-se o art. 22, incisos I a XVI da Lei Complementar n. 64/90 e art. 41-A, §§1º a 4º e art. 73, incisos I a VIII, §§1º a 13, arts. 74, 75, 76, §§1º a 4º, 77, 78 e 105-A, da Lei n. 9.504/97 e as demais disposições em contrário.

15ª. Esta lei entra em vigor da data de sua publicação.

Brasília,

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução: Virgílio Afonso da Silva, 5ª Edição Alemã, 2ª Edição Brasileira, São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. *Os direitos ou interesses coletivos no estado democrático de direito brasileiro*. In: Direitos Fundamentais e sua proteção nos planos Internos e Internacional. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba; Luiz Manoel Gomes Júnior e Gregório de Assagra de Almeida. Coleção: Direitos fundamentais, individuais e coletivos. Volume 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

ALVIM, Carreira. Tratado de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 1990, vol. 1, p. 330, *apud* GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008, p. 72.

AMARAL, Roberto e Sérgio Sérvulo da Cunha. *Manual das eleições*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 117, *apud* DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008, p. 178.

BANDEIRA, André. *Os limites da democracia – A influência do Direito Democrático europeu e uma nova guerra*. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, n. 1, 1995. Belo Horizonte: IAMG, 1995.

BAUMBACK, Rudinei. Sobre a tutela de direitos coletivos no contexto brasileiro: reflexões à luz das reformas projetadas. Revista de Processo. vol. 226, p. 263. São Paulo: Ed. RT, julho, 2013.

BECK, Ulrich. *Vivir em La sociedad del riesgo mundial. Living in the world risk society*. Documentos CIDOB. Serie: Dinámicas interculturales. Número 8. Depósito legal: B-35.860-2004. ISSN: 1698-2568. Distribuye: Edicions Bellaterra, S. L. Navas de Tolosa, 289, bis, 08026 Barcelona, julho 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Goutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003.

BRASI. *Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais*. Recurso Eleitoral nº 1-56.2013.6.13.0293. PRATÁPOLIS. - Protocolo: 1.028/2013 - 293ª ZONA. Relator: Juiz Wladimir Rodrigues Dias. Publicado em 29 de agosto de 2014 no Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. [Http://inter03.tse.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/diario.do](http://inter03.tse.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/diario.do). Acesso em 16 de setembro de 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 23.03.2014.

BRASIL. Código Eleitoral. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 21.04.2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014.

BRASIL. *Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, institui o Código Eleitoral*. [Http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=33626](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=33626). Acesso em 20 de janeiro de 2014.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945, institui o Código Eleitoral, que regula, em todo o país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o art. 4º da Lei Constitucional n. 9, de 28 de fevereiro de 1945*. [Http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=26767](http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=26767). Acesso em 20 de janeiro de 2014.

BRASIL. FOLHA DE SÃO PAULO. *Sombra do Poder. Presidente endossa frase de Lamião contra distorções da Justiça. Lula critica "caixa-preta" do Judiciário e defende controle*. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2304200302.htm>. Acesso em 04 de abril de 2014.

BRASIL. Informatização da JE. Histórico. Infraestrutura e logística. Avaliação do sistema. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica/eleicoes>. Acesso em 20 de dezembro de 2013.

BRASIL. Informatização da JE. Histórico. Infraestrutura e logística. Avaliação do sistema. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica/eleicoes>. Acesso em 20 de abril de 2014.

BRASIL. JORNAL DO BRASIL. *Calmon deixa Corregedoria, e diz que "caixa preta" do Judiciário está aberta*. <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2012/08/30/calmon-deixa-corregedoria-e-diz-que-caixa-preta-do-judiciario-esta-aberta/>. Acesso em 04 de abril de 2014.

BRASIL. Jusbrasil. Tribunal Superior Eleitoral. *Ação Popular. Petição n. 3914-20.2010.6.00.0000. Campo Grande/MS*. [Http://www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em 19 de abril de 2014.

BRASIL. *Lei Complementar n. 64/1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências*. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

BRASIL. *Lei Complementar n. 64/1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 15 de janeiro de 2014.

BRASIL. *Lei n. 1.164, de 24 de julho de 1950, institui o Código Eleitoral*. [Http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm](http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm). Acesso em 20 de janeiro de 2014.

BRASIL. *Lei n. 1.164, de 24 de julho de 1950, institui o Código Eleitoral*. [Http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm](http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm). Acesso em 20 de janeiro de 2014.

BRASIL. *Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências*. [Www. planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 21 de junho de 2014.

BRASIL. *Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009*. <http://www.tse.jus.br>. Acesso em 26.06.2014.

BRASIL. *Lei n. 7.444, de 20 de dezembro de 1985, que dispôs sobre a implantação do processamento eletrônico de dados no alistamento eleitoral*. [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7444.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7444.htm). Acesso em 26.06.2014.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso 19 de abril de 2014.

BRASIL. *Lei n. 9.504/1997, acrescentada pela Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, que estabelece normas para eleições. Manual de Legislação Eleitoral*. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17.04.2014.

BRASIL. *Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006*. [Www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 21.06.2014.

BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular*. <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19 de abril de 2014.

BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17.04.2014.

BRASIL. *Lei nº 48, de 4 de maio de 1935, institui o Código Eleitoral*. [Http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm](http://www.tse.gov.br/institucional/biblioteca/site_novo/historico_estado.htm). Acesso em 20 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, *que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências*. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 19.04.2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [Www. planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 22.03.2014.

BRASIL. *Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999*. [Www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 21.06.2014.

BRASIL. *Resolução n. 185, de 18 de dezembro de 2013, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento*. [Www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 21.06.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3999-7/Distrito Federal*. Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. [Http://www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 20 de abril de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucional n. 4650, ajuizada em 05.09.2011*. Distrito Federal. Relator Ministro Luiz Fux. Partes: Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB e Requerido: Presidente da República, Congresso Nacional. [Www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 12 de julho de 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário 195056/PR - Paraná. Relator: Min. Carlos Velloso. Julgamento: 09/12/1999 - órgão julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 30-05-2003 pp-00030. Ement vol-02112-02 pp-0027- republicação: DJ 14-11-2003 pp-00018. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 22.03.2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Abuso de poder político. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 12028 - São Miguel do Guamá/PA - Acórdão de 27/04/2010 - Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR - Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 17/05/2010, Página 21*. <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>. Acesso em 29.03.2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 3776232 - Santana de Parnaíba/SP - Acórdão de 13/10/2011. Relator(a) Min. Fátima Nancy Andrighi -Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 211, Data 08/11/2011, Página 17*. [Http://www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br). Acesso em 19 de abril de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *AgR-RO - Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 1768936 - Florianópolis/SC. Acórdão de 28/11/2013. Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA. Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 23, Data 03/02/2014, Página 297*. [Http://www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br). Acesso em 19 de abril de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Biometria e urna eletrônica*. [Http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica](http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica). Acesso em 23.06.2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *CONSULTA nº 715 - Brasília/DF. Resolução nº 21002 de 26/02/2002*. Relator(a) Min. JACY GARCIA VIEIRA. Publicação: DJ - Diário de Justiça,

Volume 1, Data 15/03/2002, Página 183.RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 13, Tomo 2, Página 389. [Http://www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br). Acesso em 19 de abril de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Eleitoral nº 64507 - Rio Pardo De Minas/MG - Acórdão de 25/04/2013. <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>. Acesso em 20 de janeiro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução n. 23.335/2011, *que disciplina os procedimentos para a realização de revisões de eleitorado de ofício, com vistas à atualização do cadastro eleitoral, decorrente da implantação, em municípios previamente selecionados pelos tribunais regionais eleitorais, de nova sistemática de identificação do eleitor; mediante incorporação de dados biométricos, e dá outras providências*. [Http://www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br). Acesso em 23.06.2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 21.538, de 14 de outubro de 2003 - Brasília – DF, *que dispõe sobre o alistamento e serviços eleitorais mediante processamento eletrônico de dados, a regularização de situação de eleitor, a administração e a manutenção do cadastro eleitoral, o sistema de alistamento eleitoral, a revisão do eleitorado e a fiscalização dos partidos políticos, entre outros*. <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.538-de-14-de-outubro-de-2003-brasilia-2013-df>. Acesso em 23.06.2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Urna eletrônica. Voto impresso*. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/biometria-e-urna-eletronica/urna-eletronica>. Acesso em 20 de abril de 2014.

CAMARGO. Bárbara Galvão Simões de; Yvete Flávio da Costa. *A ação coletiva face ao microdano*. Revista de Processo. vol. 219 p. 413. São Paulo: Ed. RT, fevereiro, 2013.

CAMARGO. Bárbara Galvão Simões de; Yvete Flávio da Costa. *A ação coletiva face ao microdano*. Revista de Processo. vol. 219 p. 413. São Paulo: Ed. RT, fevereiro, 2013.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 11ª edição. 3ª tiragem. São Paulo: Edipro, 2005.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. Edipro, 4ª edição, Bauru, São Paulo, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 10 ed., ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. Do conhecimento à política*. Conferência promovida pelo Presidente da República- 4 e 5 de Março de 2005. Centro Cultural de Belém. Livro organizado por Manuel Castells Professor de Comunicação, Tecnologia e Sociedade na Wallis Annenberg School of Communication, Universidade do Sul da Califórnia, Los Angeles e Professor e Investigador na Universidade Aberta da Catalunha (UOC), Barcelona. Gustavo Cardoso Professor de Ciências da Informação e Comunicação, Departamento de

Ciências e Tecnologias de Informação, ISCTE, Lisboa, Portugal. Imprensa Nacional - Casa da Moeda.

CASTRI MENDES. Aluísio Gonçalves de; Larissa Clare Pochmann da Silva. *A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas*. Revista de Processo. vol. 220, p. 37. São Paulo: Ed. RT, abril, 2013. “Os argumentos contrários à legitimidade do indivíduo não se restringem a um país especificamente. Estudiosos de diversas regiões do mundo se posicionaram, durante seus estudos sobre a tutela coletiva, sobre a legitimidade do indivíduo e acabaram por construir argumentos relevantes a favor e contra. Alguns desses argumentos são favoráveis à exclusão da legitimidade do indivíduo para a tutela coletiva, enquanto outros se restringem a defender alguns limites.”

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. *Preleções de Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, et al . *Teoria Geral do Processo*. 19ª.ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003.

COMITÊ MULTIDISCIPLINAR INDEPENDENTE. Relatório sobre o sistema brasileiro de votação eletrônica. <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/textos/RelatorioCMind.pdf>. Acesso em 22 de abril de 2014.

CORTE AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *American Convention on Human Rights – Pact of San José, Costa Rica*. http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm. Acesso em 14 de janeiro de 2014.

CORTE AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Statute of the I/A Court. <http://www.corteidh.or.cr/index.php/estatuto>. Acesso em 14 de janeiro de 2014.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 6ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 4ª edição, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral*. 8ª edição, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ. José Ribamar Ferreira da Silva. *Prejudicialidade decorrente da presença de Ministros do Supremo Tribunal Federal na composição do Tribunal Superior Eleitoral: previsibilidade de votos*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18638/prejudicialidade-decorrentedapresenca-deministros-do-supremo-tribunal-federal-na-composicao-do-tribunal-superior-eleitoral-previsibilidade-de-votos>. Acesso em 20 de abril de 2014.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no Direito*. Coleção: Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 3 de junho de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. volume 1. 9ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva, *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.36; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações Coletivas Ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*. Revista Forense nº 361, São Paulo: Forense, 2002, p. 3.e VIGLIAR, José Marcelo Menezes, In: “A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente” - *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos*; Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.) São Paulo: RT, 2007.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3ª edição. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 2008.

DUPUY, Jean-Pierre. *O tempo das catástrofes: quando o impossível é uma certeza*. São Paulo: É Realizações Editora, 2011.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução da 8ª edição por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA. Juliana Maria Matos. *O modelo participativo de processo coletivo: as ações coletivas como ações temáticas*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Junior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2009.

FERRY, Luc. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*. Tradução Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 52/2006. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008.

GOMES JÚNIOR. Luiz Manuel; Miriam Fecchio Chueiri. *Sistema coletivo: porque não há substituição processual nas ações coletivas*. Revista de Processo. vol. 221, p. 464. São Paulo: Ed. RT, maio, 2013.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, S.A, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRESTA, Roberta Maia, Lara Marina Ferreira e Mariana Sousa Bracarense. Coletânea de artigos jurídicos Nap 2011. Igor Alves Noberto Soares, et al, (organizadores). *Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral*. 1ª edição. Curitiba, PR: CRV, 2012.

GRESTA. Roberta Maia. *Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 19ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; Antônio Carlos de Araújo Cintra; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GRINOVER. Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: Direitos Fundamentais e sua proteção nos planos Internos e Internacional. Organizadores: Aziz Tuffi Saliba; Luiz Manoel Gomes Júnior e Gregório de Assagra de Almeida. Coleção: Direitos fundamentais, individuais e coletivos. Volume 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

GUIMARÃES. Natália Chernicharo. *A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. 2.ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 2013.

JONAS, Hans. *Princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2006.

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed., rev. e atualizado com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª edição. Tradução: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Moreira de Andrade. *Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª edição. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de processo coletivo*. 3ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOBO, Edilene. *A inclusão do cidadão no processo eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial. Fundamentos de Direito*. Tradução Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. 1ª edição. Editora Revista dos Tribunais.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 8ª ed., rev., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. Novos estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, novembro 2000 - 183-202.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: Meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24ª ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª Ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulle Filho. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2000.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª edição, refundida, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional 39, de 19.12.2002. Malheiros Editores: São Paulo, 2003.

MENDES. Aluisio Gonçalves de Castro. “O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis” - *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos*. Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe (coord.) São Paulo: RT, 2007.

MENDES. Aluisio Gonçalves de Castro; Gustavo Osna; Sérgio Cruz Arenhart. Cumprimento de sentenças coletivas: Da pulverização à molecularização. *Revista de Processo*. vol. 222, p. 53. São Paulo: Ed. RT, abril, 2013.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat (1689-1755). *Do espírito das leis*. Tradução, introdução e notas Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. Atlas. São Paulo: 2004.

MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária*. São Paulo: RT, São Paulo, 1989, vol. 404, p. 9-18), *apud* GOMES JUNIOR, Luiz Manuel. *Curso de direito processual civil coletivo*. SRS Editora Ltda. São Paulo: 2008.

NERY JR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2010.

NEVES, Lucas Cruz. *Dos Princípios Processuais Constitucionais*. *Revista Jurídica On Line, Doctum* Educação e Tecnologia. Caratinga: 2004.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

ORESTANO, Riccardo. *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*. Bolonha:II Mulino, 1978, p. 58. *apud* MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações “temáticas”*. São Paulo: LTr, 2006, p. 97.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral: Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PIMENTA, José Carlos. *Processo Eleitoral e controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PIRONI, Cristiane Rachel. *Universidade de São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas*. Departamento de Ciência Política. Programa de Pós-graduação em Ciência Política. 2008. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07052009-170520>. Acesso em 02 de janeiro de 2014.

PIRONI, Cristiane Rachel. *Universidade de São Paulo: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas*. Departamento de Ciência Política. Programa de Pós-graduação em Ciência Política. 2008. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07052009-170520>. Acesso em 29 de outubro de 2013.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*, p. 61, apud ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 1 – Parte Geral. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

RIBEIRO, Fávila. *Direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SANTANA, Jair Eduardo e Fabio Luís Guimarães. *Direito Eleitoral: para compreender a dinâmica do poder político*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. “*Defendant Class Actions*”. O Grupo como Legitimado Passivo no Direito Norte-Americano e no Brasil. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, jan-mar/2004.

SILVA, Ovídio Araújo Batista de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Volume 1, 6ª ed., rev. e atual. com as Leis 10.352, 10358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

STREK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª edição, Editora Saraiva: 2011.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

TOMAZ, Carlos Alberto de Simões. *Constituição, política e a ordem internacional herárquica. Uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann*, Editora CRV. Curitiba, 2011.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões. *Democracia e Jurisdição. Entre o texto e o contexto*. 1ª edição. São Paulo: Baraúna, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2003.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 101-102, *apud* MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTR, 2006.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 66, *apud* GUIMARÃES, Natália Chernicharo. *A extensão subjetiva do julgado no modelo participativo da ação temática*. Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2010.

ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 5ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.