

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**DOUTORADO EM DIREITO**

GUSTAVO BOHRER PAIM

**DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL?**  
POR UMA PROCESSUALIDADE DO DIREITO ELEITORAL

PORTO ALEGRE  
2015

GUSTAVO BOHRER PAIM

**DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL?**  
POR UMA PROCESSUALIDADE DO DIREITO ELEITORAL

Tese de Conclusão de Curso de Doutorado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

PORTO ALEGRE

2015

GUSTAVO BOHRER PAIM

**DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL?**

POR UMA PROCESSUALIDADE DO DIREITO ELEITORAL

Tese de Doutorado em Direito apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Conceito final:

Aprovado em: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr.

*Para Nilton Rodrigues Paim, in memoriam.*



## RESUMO

A insegurança jurídica é uma das grandes preocupações do Direito, especialmente do Direito Processual. O mesmo ocorre com o Direito Eleitoral e o Direito Processual Eleitoral, que estão, essencialmente, imbricados, em uma fase metodológica que não discrepa do arcaico sincretismo do Direito Processual. Para que tão relevante ramo do Direito evolua, faz-se necessário o estudo da segurança jurídica, das fases metodológicas do processo e da Teoria Geral do Processo. Assim, é possível demonstrar o estágio em que se encontra e a imprescindibilidade de desenvolvimento de um Direito Processual Eleitoral. A partir de tais premissas, é que se faz imperiosa a efetiva *construção* de um Direito Processual Eleitoral, o que fica ainda mais perceptível com o estudo de inúmeros exemplos de insegurança legislativa e jurisprudencial. Nesse contexto, o Direito Processual Eleitoral demanda uma *construção* legislativa, com a sistematização e consolidação normativa, bem como necessita de uma *construção* doutrinária, a ser elaborada a partir da ferramenta constitucional dos direitos fundamentais e da ferramenta conceitual da Teoria Geral do Processo, a permitir a mitigação da insegurança jurídica existente.

**Palavras Chave:** Direito Processual. Segurança Jurídica. Fases Metodológicas do Processo. Teoria Geral do Processo. Direito Eleitoral. Direito Processual Eleitoral.

## ABSTRACT

The lack of legal certainty is one of the major concerns of Law, mainly of Procedural Law. The same happens with Electoral Law and Electoral Procedural Law, which are, essentially imbricated at a methodological phase that does not differ from the archaic syncretism of Procedural Law. In order to make such important area of Law develop, it becomes necessary to study the legal certainty, the methodological phases of the procedure and the General Theory of Procedure. This way, it is possible to identify the stage in which the indispensability of development of an Electoral Procedural Law is. On these grounds it is of foremost importance the effective construction of an Electoral Procedural Law. This becomes even more noticeable through the study of many examples of legislative and jurisprudential lack of security. In such context, the Electoral Procedural Law demands a legislative construction, with its normative systematization and consolidation, as well as the need of a doctrine construction, to be developed from a constitutional tool of fundamental rights and a conceptual tool of General Theory of Procedure, so as to allow the mitigation of the lack of legal certainty existent.

**Key Words:** Procedural Law. Legal Certainty. Methodological Phase of Procedure. General Theory of Procedure. Electoral Law. Electoral Procedural Law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>PARTE I. A NECESSIDADE DE UM DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL</b> .....	<b>13</b>
<b>TÍTULO I. SEGURANÇA JURÍDICA</b> .....	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO I. DEFINIÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA</b> .....	<b>14</b>
<b>SEÇÃO I. Considerações Iniciais</b> .....	<b>15</b>
§ 1º. Insegurança .....	17
§ 2º. Críticas à segurança jurídica.....	24
<b>SEÇÃO II. Definição e fundamentação</b> .....	<b>29</b>
§ 1º. Direito fundamental à segurança jurídica .....	38
§ 2º. Fundamentação da segurança jurídica .....	44
§ 3º. Segurança jurídica e justiça .....	48
§ 4º. Segurança jurídica e efetividade .....	52
<b>CAPÍTULO II. CONTEÚDO DA SEGURANÇA JURÍDICA</b> .....	<b>56</b>
<b>SEÇÃO I. Dimensão estática</b> .....	<b>60</b>
<b>SEÇÃO II. Dimensão dinâmica</b> .....	<b>63</b>
§ 1º. Irretroatividade .....	67
§ 2º. Mudanças jurisprudenciais.....	70
<b>TÍTULO II. FASES METODOLÓGICAS E TEORIA GERAL DO PROCESSO</b> .....	<b>77</b>
<b>CAPÍTULO I. FASES METODOLÓGICAS DO DIREITO PROCESSUAL</b> .....	<b>77</b>
<b>SEÇÃO I. Sincretismo</b> .....	<b>78</b>
<b>SEÇÃO II. Processualismo</b> .....	<b>86</b>
<b>SEÇÃO III. Instrumentalismo</b> .....	<b>99</b>
<b>SEÇÃO IV. Quarta fase metodológica?</b> .....	<b>107</b>
§ 1º. Formalismo-valorativo .....	111
§ 2º. Neoprocessualismo .....	116
<b>CAPÍTULO II. TEORIA GERAL DO PROCESSO</b> .....	<b>119</b>
<b>SEÇÃO I. Conceito e função da Teoria Geral do Processo</b> .....	<b>124</b>
<b>SEÇÃO II. Âmbito de atuação</b> .....	<b>128</b>
§ 1º. Processo administrativo .....	134
§ 2º. Direito Processual Penal e Direito Processual Civil .....	137
<b>SEÇÃO III. O processo como polo metodológico e os direitos fundamentais</b> .....	<b>147</b>
<b>SEÇÃO IV. Direito ao processo justo</b> .....	<b>153</b>
§ 1º. Devido processo legal .....	153
A. <i>Substantive due process of law</i> .....	155
B. Devido processo legal processual .....	160
§ 2º. Direito ao processo justo.....	162
<b>PARTE II. A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL</b> .....	<b>172</b>
<b>TÍTULO I. DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL?</b> .....	<b>173</b>
<b>CAPÍTULO I. INSEGURANÇA LEGISLATIVA</b> .....	<b>173</b>
<b>SEÇÃO I. Ausência de estabilidade legislativa</b> .....	<b>174</b>
§ 1º. Eleições gerais de 2006 .....	175
§ 2º. Eleições gerais de 2010 .....	177
§ 3º. Eleições gerais de 2014 .....	179
<b>SEÇÃO II. Função normativa da Justiça Eleitoral</b> .....	<b>181</b>



§ 1º. Origem e base legal da função normativa.....	183
§ 2º. Função regulamentadora e função normativa.....	188
A. Fidelidade partidária .....	201
B. Verticalização das coligações.....	210
C. Limitação do número de vereadores.....	213
D. Dimensão das placas de propaganda eleitoral em propriedade particular .....	216
E. Anulação dos votos.....	217
F. Número de deputados federais e estaduais nas eleições de 2014 .....	220
<b>SEÇÃO III. Codificação e sistematização da legislação eleitoral .....</b>	<b>222</b>
<b>CAPÍTULO II. INSEGURANÇA JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>226</b>
<b>SEÇÃO I. O mandato dos Juízes Eleitorais: mudança na composição dos tribunais e na jurisprudência .....</b>	<b>227</b>
<b>SEÇÃO II. Princípio da anualidade ou da anterioridade eleitoral.....</b>	<b>236</b>
§ 1º. Lei da Ficha Limpa.....	246
<b>SEÇÃO III. O caso dos “prefeitos itinerantes” .....</b>	<b>266</b>
<b>SEÇÃO IV. O caso do Recurso Contra a Expedição de Diploma 884/PI...268</b>	
<b>TÍTULO II. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL .....</b>	<b>273</b>
<b>CAPÍTULO I. CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA.....</b>	<b>274</b>
<b>SEÇÃO I. Ritos procedimentais eleitorais.....</b>	<b>275</b>
<b>SEÇÃO II. Sistematização legislativa.....</b>	<b>287</b>
§ 1º. Codificação e consolidação legislativa .....	290
§ 2º. Da codificação.....	293
<b>SEÇÃO III. Reforma da legislação eleitoral .....</b>	<b>302</b>
<b>CAPÍTULO II. CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA .....</b>	<b>304</b>
<b>SEÇÃO I. Papel da doutrina: da descrição à reconstrução .....</b>	<b>305</b>
<b>SEÇÃO II. Ferramentas conceituais: a Teoria Geral do Processo .....</b>	<b>309</b>
§ 1º. Jurisdição .....	311
§ 2º. Ação e defesa .....	315
§ 3º. Processo .....	320
<b>SEÇÃO II. Ferramentas constitucionais: os direitos fundamentais.....</b>	<b>322</b>
§ 1º. Direitos fundamentais.....	323
§ 2º. Direito fundamental ao processo justo, à tutela adequada e efetiva, à ampla defesa e à segurança jurídica.....	325
§ 3º. Direito fundamental à colaboração.....	326
§ 4º. Direito fundamental à igualdade.....	328
§ 5º. Direito fundamental ao juiz natural.....	331
§ 6º. Direito fundamental ao contraditório.....	335
§ 7º. Direito fundamental à motivação das decisões .....	339
§ 8º. Direito fundamental à licitude das provas.....	342
§ 9º. Direito fundamental à publicidade .....	345
§ 10º. Direito fundamental à duração razoável do processo .....	349
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>356</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>358</b>

## INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas enfrentados pelo Direito em geral e pelo Direito Processual em particular é a crescente insegurança jurídica, tanto legislativa como jurisprudencial. A situação agrava-se, quando se trata do Direito Processual Eleitoral, que sequer é estudado, de forma autônoma, em relação ao Direito Eleitoral, evidenciando-se o perigoso sincretismo de tão relevante ramo do Direito.

Além da fase metodológica atrasada em que se encontra, não há uma própria inserção do Direito Processual Eleitoral na Teoria Geral do Processo. Esses pontos contribuem com a insegurança jurídica existente e demonstram a imperiosa *necessidade* do estudo do Direito Processual Eleitoral, a ser desenvolvida na Parte I da tese.

Aliás, de imediato, impõe-se salientar a distinção existente entre Processo Eleitoral e Direito Processual Eleitoral, visto que aquele constitui um período, um *iter* temporal, que se estende desde a convenção e escolha dos candidatos até a diplomação dos eleitos, não possuindo relação com a normatização de natureza processual, com o Processo Jurisdicional Eleitoral. Já o Direito Processual Eleitoral se refere ao direito jurisdicional eleitoral, ao contencioso eleitoral.

A insegurança jurídica do Direito Eleitoral e do Direito Processual Eleitoral pode ser, claramente, demonstrada com o estudo de diversos exemplos de insegurança legislativa e jurisprudencial. A partir de tal constatação, faz-se necessária a efetiva *construção* de um Direito Processual Eleitoral, seja pela via legislativa, com a consolidação e sistematização da legislação eleitoral, seja pela via doutrinária, com o aprofundamento de seu estudo, com a sua inclusão na Teoria Geral do Processo e com a análise dos princípios de Direito Processual Constitucional. Eis o objeto a ser aprofundado na Parte II da presente pesquisa.

Destarte, tem-se a delimitação do estudo, que será desenvolvido em duas partes: uma atinente à *necessidade* de um Direito Processual Eleitoral, e outra referente à sua efetiva *construção*.

A primeira será esmiuçada a partir de dois capítulos: o inicial versará sobre a segurança jurídica, a fim de que se reduza sua vagueza semântica,

apresentando-se uma definição mais precisa do tema. A seguir, será explicitado por que é imperioso o exame de suas dimensões estática e dinâmica, pautando-se a segurança jurídica pelos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Já o segundo capítulo terá, como objeto, a investigação das fases metodológicas do processo, a fim de que se possa analisar o atual estágio do Direito Processual Eleitoral. Posteriormente, far-se-á a apuração da Teoria Geral do Processo, examinando-se a possibilidade de uma teoria que congregue os distintos ramos de Direito Processual, incluindo-se o Eleitoral.

A segunda parte do trabalho será concebida a partir dos referenciais teóricos da primeira. Nesse sentido, realizar-se-á a pesquisa de exemplos concretos que demonstram a insegurança legislativa e jurisprudencial existente, bem como o sincretismo do Direito Processual Eleitoral e do Direito Eleitoral, não tendo aquele uma autonomia científica capaz de superar a dependência deste. Assim e a partir da segurança jurídica, da evolução e das fases metodológicas do processo, além da existência de uma Teoria Geral do Processo, ficarão mais claros a *necessidade* e o caminho para a *construção* de um verdadeiro Direito Processual Eleitoral, de forma independente do Direito Material, levando-se em consideração os valores constitucionais tão caros a esse ramo do Direito, que deverá estar integrado à Teoria Geral do Processo.

Para a *construção* do Direito Processual Eleitoral, serão imprescindíveis a consolidação e/ou a sistematização do arcabouço legislativo existente, bem como o aprofundamento da doutrina eleitoralista, iniciando-se pelo estudo de sua inserção na Teoria Geral do Processo e seguindo-se pela análise dos valores constitucionais que o orientam.

Esse é o objeto delimitado da presente tese de Doutorado, que decorre da problematização atinente à existência ou não de um efetivo Direito Processual Eleitoral, da necessidade do estudo de tal ramo e de como seria possível construí-lo ou desenvolvê-lo, de forma mais elaborada, a fim de mitigar a insegurança jurídica que assola tão relevante ramo do ordenamento jurídico.

Embora seja possível falar em Direito Processual Eleitoral, a demonstrar, ao menos, sua existência, certo é que não há uma autonomia científica e independência em relação ao Direito Eleitoral, inexistindo um estudo mais aprofundado sobre a temática. É, nesse contexto, que se demonstra a

necessidade da pesquisa e do desenvolvimento do tema, buscando-se a mitigação da insegurança legislativa e jurisprudencial.

Para a *construção* de um efetivo Direito Processual Eleitoral, dois caminhos se mostram viáveis: um legislativo, com a consolidação e/ou sistematização normativas, organizando-se e disciplinando-se a matéria, e outro doutrinário, evidenciando-se o papel da doutrina de criação e reconstrução normativa, utilizando-se, para isso, de uma ferramenta constitucional, com o estudo mais aprofundado dos princípios constitucionais que a regem, e uma ferramenta conceitual, a partir de sua inserção na Teoria Geral do Processo.

Ao Direito Eleitoral compete, com seu conjunto de normas, viabilizar que o resultado eleitoral reflita a vontade livre e soberana dos eleitores. Por tal razão, esse ramo do Direito é da essência da democracia, visto que esta pressupõe, minimamente, a realização de eleições livres, periódicas e sem vícios, sendo imperativas a confiabilidade e a fidedignidade do resultado. É, nessa dimensão, que se revela a importância do controle das eleições, o qual tem, em sua vertente contenciosa, papel de imprescindível destaque para o fortalecimento democrático e para a lisura dos pleitos. Contudo, para que tal mister seja desempenhado com a necessária galhardia, são imperiosos a *construção* e o desenvolvimento de um Direito Processual Eleitoral, que viabilize tutelas adequadas, tempestivas e efetivas, aptas a propiciarem a realização do ideal democrático. Eis a justificativa para a presente pesquisa.

## PARTE I

### A NECESSIDADE DE UM DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL

Nesta primeira parte do trabalho, objetiva-se demonstrar a necessidade de um Direito Processual Eleitoral,<sup>1</sup> levando-se em conta o direito fundamental à segurança jurídica e o Direito Processual em geral, analisando-se suas fases metodológicas e a Teoria Geral do Processo.

No primeiro título, far-se-á o estudo da segurança jurídica, como norma-princípio, inerente à própria concepção de Direito, a fim de que se demonstre a sua importância e a sua indispensabilidade, sobretudo para o Direito Processual. E não poderia ser diferente em relação ao Direito Processual Eleitoral.

No segundo título, será examinado o Direito Processual, inicialmente, com uma análise de suas fases metodológicas e, posteriormente, com o estudo da Teoria Geral do Processo.

Nesse título, será possível ter-se uma ideia de qual o estágio do Direito Processual Eleitoral no tocante às fases metodológicas do Direito Processual.

Em seguida, com o exame da Teoria Geral do Processo, poderá ser estudada a inserção dos distintos ramos do Direito Processual, jurisdicionais e não jurisdicionais, em um tronco comum, destacando-se o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil, mas sem se olvidar do Direito Processual Administrativo, Direito Processual do Trabalho, Direito Processual Tributário, e existindo a necessidade de um maior desenvolvimento do Direito Processual Eleitoral.

Assim, com base no direito fundamental à segurança jurídica, essencial ao Direito Processual, e suas constantes mitigações no Direito Eleitoral, nas fases metodológicas do Direito Processual e na Teoria Geral do Processo,

---

<sup>1</sup> De imediato, impõe-se salientar a utilização da expressão *direito processual eleitoral*, que não se confunde com o *processo eleitoral*. Por *processo eleitoral* entende-se o *iter* temporal que vai desde a escolha e registro dos candidatos até a sua diplomação, perpassando as fases pré-eleitoral, eleitoral propriamente dita e pós eleitoral. Já por *direito processual eleitoral*, entendido como o direito jurisdicional, que trata do controle jurídico-eleitoral, compreende-se "o conjunto de atos e procedimentos ordenados desenvolvidos perante um órgão jurisdicional com o fim de solucionar um determinado litígio de natureza eleitoral", consoante o magistério de PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 23. Percebe-se, por conseguinte, tratar-se de temas e conceitos distintos, o que impõe a utilização precisa de suas nomenclaturas.

ficará nítida a necessidade de um estudo mais aprofundado do Direito Processual Eleitoral.

## **TÍTULO I. SEGURANÇA JURÍDICA**

A segurança jurídica é um direito fundamental inerente à própria noção de Direito. Contudo, muitas críticas recebe esse princípio, especialmente em razão da vagueza de seu conceito e da ausência de uma uniformidade no seu tratamento.

Por tal razão, o primeiro título da parte atinente à necessidade de um Direito Processual Eleitoral é dedicado ao princípio constitucional da segurança jurídica, com o intuito de demonstrar sua relevância, apresentando-se uma definição menos vaga e mais concreta, com a necessária fundamentação, e analisando-se seu conteúdo.

A pesquisa será desenvolvida acerca da segurança jurídica em geral, mas já serão apresentadas algumas análises pontuais sobre o tema da segurança jurídica no Direito Processual Eleitoral, a facilitar o avanço da segunda parte do presente trabalho.

### **CAPÍTULO I. DEFINIÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Antes de se adentrar na definição e fundamentação da segurança jurídica, faz-se imperiosa a demonstração da relevância do tema, em particular, diante do estado de insegurança em que se vive, mormente quando se fala em Direito Processual Eleitoral, bem como dos problemas decorrentes da vagueza semântica e do caráter polissêmico da expressão segurança jurídica.

Para tanto, nas considerações iniciais (Seção I), é necessária uma breve digressão histórica, demonstrando-se a relevância do tema, o estado de insegurança em que se vive (§ 1º), as críticas existentes em relação à segurança jurídica (§ 2º), em especial, pela vagueza semântica da expressão, para, somente após, caminhar para a definição de segurança jurídica (Seção II), direito

fundamental (§ 1º) indispensável para o Estado de Direito, com fundamentação constitucional direta e indireta (§ 2º) e com nítida vinculação aos ideais de justiça (§ 3º) e efetividade (§ 4º).

## SEÇÃO I. Considerações Iniciais

Mezquita del Cacho faz uma interessante análise sobre a evolução histórica da segurança, referindo que, nas grandes etapas da história do Direito, nunca se desenvolveu uma teoria sobre o "princípio-valor" da segurança jurídica. Destaca que, na doutrina clássica, se encontram meros lampejos sobre o tema, referindo que López de Oñate veria, em um discurso de Cícero sobre saúde-segurança-tranquilidade, advindo das leis, o primeiro precedente, enquanto que outros teóricos reputariam a Platão, em seu diálogo A República, uma primeira mostra do valor segurança. De qualquer sorte, seria nos teóricos do contrato social que se poderia encontrar, realmente, uma primeira manifestação doutrinária mais consistente sobre o tema, merecendo relevo Thomas Hobbes, em seu Leviatã, tendo em vista que, por meio de pactos, se institui um Estado, que restringe as liberdades individuais, mas que oportuniza a paz, a segurança e a defesa comum.<sup>2</sup>

Pode-se destacar um aprofundamento teórico do tema no pós-guerra, sendo que a importância da segurança jurídica para impedir experiências totalitárias passadas contribuiu para que o legislador alemão elevasse esse princípio em nível constitucional.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 17-18. Para o autor, à p. 19, a segurança jurídica teria uma verdadeira construção doutrinária a partir do século XVIII, especialmente a partir da formulação jurídica de Jeremy Bentham. Destaca KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 21, 1994, p. 129, que, "desde Hobbes, se afirma a necessidade dessa certeza, caracterizada aqui como segurança, que justifica o surgimento do Estado e a alienação de parte, boa parte, da liberdade individual. Basta que recordemo-nos que HOBBS justificava a alienação da liberdade individual para o Estado devido à busca da paz, evitando o clima de todos contra todos e assim a segurança seria o fim mesmo do Estado. Acrescente-se, aliás, que os contratualistas, de um modo geral, estão intimamente ligados com a idéia de segurança".

<sup>3</sup> ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 43.

López de Oñate salienta que a história é pródiga em crises. Contudo, na época moderna, tal fato seria ainda mais evidente, com todas as inquietudes e angústias. O Direito, por óbvio, não ficaria alheio às crises, sendo a falta de segurança o motivo central de sua crise atual.<sup>4</sup>

A certeza das normas - com a conseqüente certeza do Direito - sempre foi indispensável para a convivência social.<sup>5</sup> A segurança jurídica é um pressuposto indispensável para a realização efetiva das liberdades e dos direitos humanos.<sup>6</sup>

Antes de prosseguir na temática da segurança jurídica, faz-se necessário um breve cotejamento com a certeza do Direito, expressão muito utilizada pela doutrina italiana.

Para Guido Alpa, certeza do Direito tem uma conotação peculiar em relação à segurança, tratando-se de clareza na expressão, de precisão no uso da norma, de repetição das soluções jurídicas às mesmas situações de fato.<sup>7</sup>

Para o doutrinador italiano, deve-se entender a certeza do Direito como certeza da vigência da norma, certeza da duração da norma e da irretroatividade da lei, certeza da suficiência da norma, pela sua clareza e tendência de completude, e certeza do significado da norma, com a escolha do significado mais fiel ao texto.<sup>8</sup>

Percebe-se, por conseguinte, que a certeza é um dos aspectos da segurança jurídica<sup>9</sup> muito ligado ao ideal de cognoscibilidade. Aliás, pode-se ver, na segurança jurídica, um aspecto ligado à ideia de certeza, com a publicidade das normas, o respeito aos direitos adquiridos, a clareza das fontes normativas, e outro

---

<sup>4</sup> LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 51-66. Em relação à crise, KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 21, 1994, p. 125-126, salienta que toda época "tem a nítida impressão de estar vivenciando um momento de transição e de crise [...] vivemos em uma verdadeira crise histórica. O indivíduo parece estar sempre em uma fase de transição ou de preparação para um vindouro progresso".

<sup>5</sup> LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 73.

<sup>6</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 34.

<sup>7</sup> ALPA, Guido. **La certeza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 13-14.

<sup>8</sup> ALPA, Guido. **La certeza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 37.

<sup>9</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 40.



relacionado à confiança, em que o aparato jurisdicional deve resolver, de forma justa, os conflitos a ele submetidos,<sup>10</sup> com confiabilidade e calculabilidade.

A segurança jurídica dos dias atuais não é mais aquela que leva em consideração apenas a *ausência de dúvida*, a certeza, resolvida pela pura legalidade, mas também uma segurança jurídica que busca a *ausência de temor*, com a proteção de outros valores, como as liberdades fundamentais e os direitos humanos, buscando-se a "erradicação da violência na convivência, mediante a promoção do diálogo ou discussão pacífica de todas as opções ideológicas concorrentes no pluralismo político de uma sociedade".<sup>11</sup>

A legalidade foi um primeiro estágio da segurança jurídica, em que se conquistou a certeza normativa e se superou o medo da dúvida, sendo que, agora, a segurança jurídica busca o respeito pela própria pessoa e suas liberdades fundamentais.<sup>12</sup>

Por tais razões, utiliza-se, na presente tese, o ideal mais amplo de segurança jurídica, vendo-se, na certeza do Direito, um dos seus relevantes aspectos.

## § 1º. Insegurança

A bem da verdade, vivem-se tempos de insegurança no ordenamento jurídico pátrio, que padece de ausência de estabilidade, seja normativa, seja jurisprudencial. Como se não bastasse, em alguns ramos do Direito, nem mesmo na doutrina, encontra-se esteio para a segurança jurídica. Assim, três são os aspectos que contribuem fortemente para a insegurança jurídica em que se vive: insegurança legislativa, jurisprudencial e doutrinária.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 213.

<sup>11</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 213-214.

<sup>12</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 214.

<sup>13</sup> ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 74-75. Refere o autor italiano que três são as fontes que demonstram o grau de certeza ou de incerteza jurídica: legislativa, jurisprudencial e doutrinária.

Humberto Ávila destaca, dentre as causas de insegurança, a existência de causas sociais, como a grande quantidade de informação e a ocorrência de uma verdadeira inflação legislativa - merecendo destaque, no Direito Eleitoral, as Resoluções emitidas pelo Tribunal Superior Eleitoral -, e de causas jurídicas, em que as controvérsias doutrinárias acerca do tema têm o seu protagonismo.<sup>14</sup>

É evidente que, em um mundo que possui um ritmo muito acelerado de mudanças, em uma modernidade líquida, decantada por Zygmunt Bauman,<sup>15</sup> com constantes mudanças e permanentes reformas de uma sociedade de alta velocidade, em que nada é feito para durar,<sup>16</sup> não se pode pensar no Direito como um sistema estático, devendo o jurista estar preparado para um Direito móvel, em que se mantenham fixas as diretrizes relativas à tutela dos direitos fundamentais e à preservação do estado de Direito. Não se pode suprimir a incerteza, devendo-se evitar o comprometimento do sistema inteiro.<sup>17</sup>

No que tange à insegurança legislativa e jurisprudencial, Guido Alpa as apresenta como duas grandes mazelas para a certeza do Direito, tendo em vista a excessiva quantidade de procedimentos normativos, muitas vezes, obscuros, e as diferentes interpretações dadas pelos julgadores, com a conseqüente imprevisibilidade das decisões. Uma atua no Direito posto, e outra, na sua interpretação.<sup>18</sup>

Em relação à verdadeira inflação legislativa, pode-se destacar a proliferação normativa, com leis cada vez mais complexas e de obscuridade técnica, que perdem seu caráter mais genérico e durador, sendo amiúde mais específicas e temporárias.

A necessidade de leis teve origem na perda de confiança nos homens, passando a confiança a ser dada pelo Direito, eliminando-se o arbítrio e garantindo-se a liberdade com a submissão dos governos às leis. Contudo, foram

---

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53.

<sup>15</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

<sup>16</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 56.

<sup>17</sup> ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 75.

<sup>18</sup> ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 23.

surgindo novos campos de Direito,<sup>19</sup> a demandar novas previsões legislativas, passando-se a ter uma proliferação galopante de normas. A proliferação normativa está presente no âmago do Estado de Direito, que visa a assegurar a relativa previsibilidade das relações sociais, propiciada pelas normas. Ocorre que há uma multiplicação de leis de reduzida generalidade, cada vez mais setoriais e temporárias, com baixo grau de abstração. A particularização das normas as torna mais facilmente obsoletas, havendo a necessidade de modificações em razão da mudança dos fatos, com a ocorrência de uma casuística exagerada. Nesse contexto, percebe-se que a segurança jurídica é afetada pela proliferação normativa, que torna o Direito mais complexo, menos acessível e acelera o ritmo da vida jurídica, o que ocasiona instabilidade e imprevisibilidade.<sup>20</sup>

A crise decorrente da inquietude e da insatisfação traz uma crescente mudança das leis. É óbvio que a evolução do Direito demanda uma modificação legislativa. Entretanto, as mudanças contínuas e sem maiores fundamentações acabam prejudicando a segurança jurídica, visto que os destinatários das normas perdem a confiança na ação estatal. “O frenesi moderno que se exterioriza no constante legislar, não leva em consideração o fundamento e a natureza da legislação, que está justamente nessa estabilidade da vontade”. Não há que se falar em leis eternas; entretanto, é desejável, para o ordenamento jurídico, que as leis sejam estáveis e longevas.<sup>21</sup>

E não se está falando da mera substituição de leis antigas por leis novas, mas sim, da agregação, cada vez maior, de leis novas ao já vasto manancial legislativo existente, todas coexistindo, havendo uma verdadeira hipertrofia legislativa.<sup>22</sup>

O legislador parece querer prever tudo e legislar sobre tudo, acreditando que a multiplicidade de leis seria um adequado remédio para as inquietações e angústias do mundo moderno. Todavia, esse excesso legislativo

---

<sup>19</sup> Conforme VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 111, as exigências sociais são fonte de instabilidade normativa, tendo em vista que requerem uma adaptação contínua do Direito à realidade social. Progresso demanda mudança, em detrimento da estabilidade.

<sup>20</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 102-105.

<sup>21</sup> LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 96-97.

<sup>22</sup> LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 97-98.

cria mais demandas do que responde aos casos já existentes. Assim, a certeza do Direito e a justiça dela decorrente acabam por se dissipar, porque, diante de tantas previsões normativas, sempre haverá a ideia de que os advogados saberão encontrar “algo que sirva para o meu caso”.<sup>23</sup>

A crítica à multiplicidade das leis não se funda apenas na dificuldade de conhecer todas elas, prejudicando a cognoscibilidade do Direito, mas também decorre da necessidade de se salvaguardar a justiça e a segurança, devendo haver uma constância e univocidade da vontade estatal, e não a sua dispersão, fluidez e inconsistência, frutos desse aluvião legislativo.<sup>24</sup>

A segurança jurídica é mitigada, hoje, por conta da complexidade e obscuridade tecnicista das normas, pela instabilidade decorrente das mudanças excessivas. Em razão disso, destaca López de Oñate que

a obscuridade da norma, suas lacunas (nos limites indicados), sua falta de simplicidade, sua instabilidade, a multiplicidade das disposições em que ela pode se articular, a pluralidade das leis, a dificuldade e a prolongação dos processos, são os modos de manifestação que temos chamado *de fato* da incerteza do direito.<sup>25</sup>

Valembos apresenta o paradoxo do Direito, concebido como um fator de segurança, mas que, em vista de seu sucesso e das reivindicações individuais e de categorias, acaba por ter uma crescente subjetivação, o que gera insegurança, na medida em que os interesses particulares são necessariamente contraditórios e fazem com que haja necessidade de multiplicidade de normas, cada vez menos genéricas e mais particulares, aumentando a possibilidade de colisão, o que vai de encontro à função de pacificação social do Direito. Ademais, a necessidade de o Direito se adaptar à realidade social, somada à aceleração e ao aumento da complexidade da sociedade fazem com que haja uma aceleração e uma complexidade maiores do próprio Direito, o que igualmente é fonte de insegurança.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 98. Para o jurista, às p. 98-99, no grande mar das leis, “fácil é encontrar alguma onda complacente que conduza à praia o naufrago réu, ou pior ainda, que faça naufragar o inocente”.

<sup>24</sup> LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 99.

<sup>25</sup> LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 107.

<sup>26</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 08-09.

Além disso, o crescente manancial normativo tem carecido de maior precisão e clareza, perdendo a sua substância, tendo sido comum a edição de textos normativos com má redação e com déficit de qualidade. Percebe-se, também, o uso abusivo de conceitos e noções imprecisos, o que faz com que as normas deixem de cumprir o efeito positivo da segurança jurídica. A utilização de conceitos e fórmulas imprecisos e fluidos causa insegurança jurídica, o que deve ser evitado.<sup>27</sup>

Além da instabilidade legislativa, contribui para a insegurança jurídica a instabilidade jurisprudencial, em razão das interpretações, muitas vezes, dissonantes e claudicantes, com mudanças de orientação, que podem gerar uma menor confiabilidade e calculabilidade ao Direito.<sup>28</sup>

Impõe-se salientar que a jurisprudência tem, por característica, sua maleabilidade, sua flexibilidade, possuindo maior facilidade de adaptação em relação ao Direito escrito, sendo necessária a evolução jurisprudencial para que não haja um divórcio entre o Direito e a realidade. Entretanto, as divergências jurisprudenciais e as decisões incompreensíveis para os seus destinatários são fontes de insegurança jurídica.<sup>29</sup>

Há uma cristalina necessidade de que as orientações jurisprudenciais sejam pautadas pela estabilidade, permitindo aos jurisdicionados alguma sorte de calculabilidade.

Nesse contexto, deve-se ter muito cuidado com a insegurança jurisprudencial, sendo prejudicial à segurança jurídica a existência de decisões ininteligíveis ou com motivação deficiente.<sup>30</sup>

E a instabilidade jurisprudencial é potencializada no Direito Eleitoral, que, além de conviver com constantes alterações legislativas, pelo menos, a cada quatro anos, quando se tem as eleições gerais, é caracterizado pelas mudanças jurisprudenciais, muito em razão da constante modificação da composição dos

---

<sup>27</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 120-128.

<sup>28</sup> Acentua AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 58, que "não apenas a lei, como também a jurisprudência deve ser clara e previsível, sendo ameaçadoras da segurança jurídica as decisões exóticas ou surpreendentes, em especial quando trouxerem questões novas que não foram debatidas com as partes".

<sup>29</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 86-94.

<sup>30</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 95-96.

Tribunais, tendo em vista que os juízes eleitorais cumprem mandatos de dois anos, podendo ser reconduzidos apenas para mais um biênio. Em decorrência disso, não é incomum se deparar, dentro de uma mesma eleição, em período muito curto de tempo, com orientações jurisprudenciais distintas, fruto da alteração da composição dos tribunais.

É pertinente que se assinale que, no Direito Eleitoral, a insegurança jurídica é tanta que não se admira que haja, até mesmo, desconhecimento de qual regra é válida,<sup>31</sup> o que gera uma falta de *inteligibilidade do ordenamento jurídico*, retirando do Direito a sua função de orientação. Ademais, há uma ausência de confiabilidade do Direito, tendo em vista a inconstância das decisões, não havendo verdadeira calculabilidade do ordenamento jurídico.<sup>32</sup>

Ressalta Humberto Ávila que a ausência de inteligibilidade expressa um desconhecimento do que é válido no presente, e a falta de previsibilidade gera um desconhecimento sobre o que será válido no futuro. Outrossim, a ausência de estabilidade faz com que não se saiba se o que foi válido no passado permanecerá sendo no presente.<sup>33</sup>

Diante da insegurança legislativa, pela multiplicação de leis obscuras e tecnicistas, bem como pela instabilidade jurisprudencial, é importante, para a segurança jurídica, a existência de uma doutrina sólida, de profissionais do Direito que tornem mais claras as previsões legislativas e que, por sua postura crítica, diminuam o risco de arbitrariedades do legislador.<sup>34</sup>

Destaque-se a importância da doutrina para a racionalização da atividade criativa dos juízes, sendo "capaz de traduzir as experiências jurídicas a conceitos idôneos para uma racionalização no tratamento dos casos".<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> No Direito Eleitoral, inclusive, tem sido muito comum o início do processo eleitoral sem que se saiba qual a norma que será aplicável ao pleito, como ocorreu nas eleições de 2006, quando se iniciou o processo eleitoral sem se saber se seria ou não aplicável a Lei 11.300/2006, nas eleições de 2010, quando não se sabia se seria ou não aplicável a lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), e, em 2014, quando, somente no final de junho, o TSE entendeu por não ser aplicável ao pleito a Lei 12.891/2013.

<sup>32</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

<sup>33</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 68.

<sup>34</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 231.

<sup>35</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 233.

A dogmática jurídica apresenta aos julgadores soluções mais coerentes, com maior precisão e técnica do que o conjunto normativo existente, razão pela qual facilita a atividade hermenêutica do julgador e minimiza os riscos de discricionariedade.<sup>36</sup>

A dogmática contribui com a segurança jurídica. Quanto menos desenvolvida for a doutrina sobre determinado tema, maiores serão os riscos de decisões imprevisíveis, dependentes de fatores incontroláveis, visto que, quando não há uma dogmática precisa e coerente, a tendência é a de que haja uma resolução caso a caso de forma desconexa, muitas vezes, de forma contraditória, mitigando a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade. A dogmática permite a criação de teorias, com critérios racionais, a fim de que melhor sejam resolvidos os casos duvidosos, de forma coerente e integrada.<sup>37</sup>

Ocorre que, como se não bastasse a instabilidade legislativa e jurisprudencial, em muitos ramos do Direito, a doutrina também é claudicante e pouco desenvolvida, contribuindo para a insegurança jurídica.

Este é o caso do Direito Eleitoral, em que se destaca a parca e incipiente doutrina eleitoralista, a atentar, ainda mais, contra a tão necessária segurança jurídica desse ramo do Direito.

Por conseguinte, no que tange às causas jurídicas, sobreleva-se a ausência de maior precisão doutrinária, mormente em se tratando de Direito Processual Eleitoral, em que o repertório doutrinário é muito restrito e sem maior aprofundamento teórico.

Diante da instabilidade legislativa e jurisprudencial e da ausência de uma doutrina mais sólida e consistente, fica evidente o problema atinente à falta de segurança jurídica, no Direito em geral e no Direito Eleitoral em especial.

É imperioso o enfrentamento das situações geradoras de insegurança jurídica, sendo que os juristas possuem uma responsabilidade social, impondo-se a busca de leis menos obscuras, voláteis e frágeis e de uma interpretação mais sólida e menos cambiante.<sup>38</sup> Insta salientar que "vivemos tempo de insegurança. No entanto, a segurança continua sendo não apenas um objetivo, mas uma

---

<sup>36</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 233.

<sup>37</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 235.

<sup>38</sup> ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 76.

necessidade cada vez mais intensa dos homens deste como de todos os séculos".<sup>39</sup>

Imprescindível para a segurança jurídica a clareza e estabilidade das normas, a prudência dos intérpretes e a qualidade científica da doutrina.<sup>40</sup> Aqui se tem uma dificuldade considerável do Direito Processual Eleitoral, já que, muitas vezes, falta clareza aos textos normativos - sem esquecer que não é incomum a presença de dúvidas objetivas sobre qual a legislação a ser aplicada - as interpretações jurisprudenciais mudam com muita frequência, e a doutrina eleitoralista ainda carece de maior desenvolvimento.

Percebe-se, pelo exposto, que se vive em um estado de insegurança, em que se pode dizer que o "caráter instável, efêmero e aleatório do Direito tornou-se algo até mesmo banal",<sup>41</sup> destacando-se a insegurança existente sobre a própria concepção de segurança jurídica, uma vez que não há uma uniformidade acerca do próprio tema em questão. Diante da ausência de definição mais precisa sobre o tema da segurança jurídica, maior é a insegurança existente.<sup>42</sup> Por mais paradoxal que seja, há uma insegurança acerca da própria noção de segurança jurídica.

## § 2º. Críticas à segurança jurídica

No que tange à expressão segurança jurídica, evidencia-se uma vagueza semântica, pela carência de conceitos precisos, que faz com que, muitas vezes, ocorra uma mera análise de seus elementos parciais, mas não do todo.<sup>43</sup>

Guido Alpa refere a existência de muitas contradições sobre a segurança jurídica. Alguns autores a tratam como um princípio constitutivo do

---

<sup>39</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

<sup>40</sup> ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 50.

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 45.

<sup>42</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64.

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 75.



próprio Direito, enquanto que outros a consideram um mito. Alguns a elogiam, em razão de assegurar ao cidadão a solução do seu caso em conformidade com as normas vigentes e, invariavelmente, observadas pelo julgador, enquanto que outros a criticam por se apresentar como um obstáculo à evolução jurisprudencial.<sup>44</sup>

Merece destaque a própria incerteza que assola o conceito de segurança jurídica ou certeza do Direito. Utiliza-se a expressão com vários e distintos significados, podendo-se destacar a "previsibilidade das decisões, a clareza, precisão e inteligibilidade da formulação linguística e das normas jurídicas, a incontestabilidade de decisões judiciais transitadas em julgado, a univocidade das decisões jurídicas".<sup>45</sup>

No mesmo sentido, Gometz salienta a ambiguidade da expressão segurança jurídica, em que lhe são imputados inúmeros significados, como a possibilidade de conhecer, previamente, as consequências jurídicas dos comportamentos dos indivíduos em razão do conhecimento das normas jurídicas, a previsibilidade das decisões jurídicas, segurança das relações jurídicas, decorrente da estabilidade, a acessibilidade e o conhecimento da lei, univocidade das qualificações jurídicas, o respeito aos precedentes, estabilidade da coisa julgada, proteção dos cidadãos contra o arbítrio dos governantes e dos juízes etc.<sup>46</sup>

A verdade é que a segurança jurídica é uma expressão polissêmica, que, muitas vezes, recebe críticas por ser uma expressão vaga.<sup>47</sup>

E é em decorrência da referida vagueza conceitual que proliferam diversas críticas à segurança jurídica, tendo em vista a impossibilidade de previsibilidade absoluta das decisões judiciais, não se podendo, também, falar em determinação total do conteúdo das normas jurídicas.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> ALPA, Guido. **La certeza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 10-11.

<sup>45</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 33.

<sup>46</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 39-40.

<sup>47</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 12.

<sup>48</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 74. Salienta GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 193, que, para salvar a segurança jurídica de "ironias fáceis dos críticos e dos cétricos, é necessário ter em conta uma previsibilidade aberta a mais decisões alternativas possíveis".

Muitos críticos e céticos questionam a expressão segurança jurídica, especialmente, em razão da ideia de previsibilidade absoluta, considerando a segurança jurídica como um mito.<sup>49</sup>

É preciso esclarecer o significado utilizado, reduzindo a vagueza e a ambiguidade, para evitar um diálogo entre surdos, com equívocos e mal-entendidos. Pela ausência de precisão conceitual, percebe-se que alguns filósofos trataram da segurança jurídica como um mito, um ideal irrealizável, enquanto que outros trataram da segurança jurídica como algo inerente e indispensável ao Direito.<sup>50</sup>

Aliás, fruto da vagueza e da imprecisão conceitual da expressão segurança jurídica é a famosa polêmica entre Jerome Frank e Norberto Bobbio, em que aquele considerava a segurança jurídica um mito, uma ilusão, manifestação de uma infantil necessidade de segurança e proteção, enquanto que este considerava a segurança jurídica como elemento constitutivo do Direito.<sup>51</sup>

Bobbio, em seu artigo "A segurança jurídica é um mito?", critica a tese de Frank, segundo a qual a segurança jurídica seria fruto da ausência de maturidade do homem, produto de uma ilusão infantil, da necessidade de proteção do débil, do incapaz, sendo falsa como a onipotência e onisciência do pai. Assim, para Frank, não teríamos abandonado a necessidade infantil de um pai autoritário e procuraríamos, na lei, um substituto para a firmeza, segurança, certeza que um pai propicia a um filho em sua infância.<sup>52</sup>

Já, para Bobbio, o pensamento de Frank seria inadmissível diante da pretensão de ser uma tese científica, tendo em vista a complexidade do tema da segurança jurídica, que não poderia ser analisado sob a perspectiva da psicologia infantil.<sup>53</sup> Aliás, segundo Bobbio, a segurança jurídica é um elemento intrínseco do Direito, pois ou o Direito é seguro ou sequer Direito é. Dessa forma, a segurança

---

<sup>49</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 34.

<sup>50</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 49.

<sup>51</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 49.

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito? **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, n.28, 1951, p. 147.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito? **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, n.28, 1951, p. 149-150.

jurídica seria necessária para se evitar o arbítrio e para proteger a igualdade jurídica.<sup>54</sup>

Como se percebe a respeito do dilema em questão, não havia uma uniformidade do objeto de estudo para os dois juristas, razão pela qual chegaram a conclusões opostas, absolutamente inconciliáveis.

No entanto, em que pesem os posicionamentos diametralmente opostos, ambas as argumentações eram coerentes; apenas empregavam sentidos distintos para a mesma expressão. Enquanto Frank tratava de segurança jurídica como uma previsão absoluta e exata do resultado de um processo, o que seria uma ilusão e um mito, Bobbio referia-se à segurança jurídica como observância geral a um conjunto de normas estáveis, duradouras e não provisórias, o que faria com que fosse considerada um elemento intrínseco do Direito, que ou seria certo ou não seria Direito.<sup>55</sup>

Salienta Gometz que a segurança jurídica de Bobbio era concernente ao dever-ser, enquanto que, para Frank, era o ser. Portanto, esse aparente paradoxo decorreria da ausência de precisão e definição dos termos em debate, como se estivessem duas equipes de jogadores de um cabo de guerra, cada qual fazendo força sobre uma corda distinta, que ignoravam estar presa a um muro, e não sobre as extremidades da mesma corda.<sup>56</sup> Tal fato decorre do caráter polissêmico da expressão segurança jurídica.

Aliás, a maior parte dos céticos em relação à segurança jurídica vincula-se a um conceito de segurança como previsibilidade absoluta. A segurança jurídica é entendida como um mito ou ilusão quando se pensa em previsão unívoca da aplicação de uma norma. Entretanto, não seria uma ilusão, caso se pensasse a segurança jurídica não como uma previsibilidade infalível das consequências jurídicas de atos ou fatos, mas sim como gradação, em que se pudesse, mais ou menos, prever as "consequências que o direito conecta às ações individuais ou a fatos determinados".<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. La certeza del diritto è un mito? *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n.28, 1951, p. 151.

<sup>55</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 49.

<sup>56</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 50-51.

<sup>57</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 59.

Gometz refere que Kelsen, em sua primeira edição da Teoria Pura do Direito, tratava da segurança jurídica como uma ilusão, criticando a pretensão de estabelecer uma única interpretação exata ou justa para a norma a ser aplicada. Percebe-se que a segurança jurídica criticada era a que significava uma previsibilidade absoluta, em que seria possível chegar a uma única resposta correta aos problemas exegéticos. Tal crítica decorria do fato de as normas não poderem ser simplesmente deduzidas de normas superiores, havendo sempre uma margem de discricionariedade aos órgãos inferiores. Não haveria, assim, uma única resposta para a interpretação de uma lei, podendo haver várias decisões possíveis.<sup>58</sup> Na segunda edição de seu Teoria Pura do Direito, contudo, Kelsen retoma o tema segurança jurídica, e já não a trata como uma ilusão, mas sim como uma previsibilidade relativa das decisões jurídicas, que seria compatível com o caráter plurívoco da interpretação jurídica. Dessa forma, Kelsen passa a tratar a segurança jurídica como uma previsibilidade relativa do Direito.<sup>59</sup>

Convém sublinhar, nesse contexto, que, por segurança jurídica, não se quer tratar de previsibilidade absoluta, o que faz, cair por terra, grande partes das críticas ao instituto. O que se pretende é a calculabilidade do Direito, que ele seja confiável e cognoscível.

A certeza será sempre relativa, e um dos problemas do Direito é o contraste entre a busca da certeza e a impossibilidade de evitar a incerteza. O Direito traz uma promessa de certeza, mas a certeza de fato só é dada pela vida. De qualquer sorte, nem sempre, a vida permite o êxito total, e a aproximação em alguns casos é uma efetiva vitória.<sup>60</sup>

Logo, há uma necessidade de "redefinição de um conceito de segurança jurídica o mais preciso, inequívoco, idôneo para evitar as dificuldades postas em evidência pelos críticos".<sup>61</sup>

Diante da vagueza semântica e da ausência de uma definição conceitual mais precisa de segurança jurídica, que faz com que o tema acabe

---

<sup>58</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 75-76.

<sup>59</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 93.

<sup>60</sup> COUTURE, Eduardo. Prólogo a la edición em castellano, in LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

<sup>61</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 34.

sendo objeto de muitas críticas, impõe-se o esclarecimento do sentido empregado, a fim de evitar equívocos.<sup>62</sup>

## SEÇÃO II. Definição e fundamentação

Para que se possa definir a expressão segurança jurídica, reduzindo-se a ambiguidade semântica, precisa-se perquirir, exatamente, o que se quer com a sua utilização, tal é a vasta gama de distintos significados utilizados para a mesma expressão.

A expressão segurança jurídica é vaga e polissêmica, havendo necessidade de se precisar seu significado. Essa ausência de precisão conceitual, em que se pode entender segurança jurídica como previsibilidade absoluta e infalível, ou como previsibilidade relativa, apenas, em alguma medida, contribui para o ceticismo e para muitas divergências acerca de sua relevância, podendo causar desilusões.<sup>63</sup>

Humberto Ávila destaca o caráter polissêmico da expressão segurança jurídica, em que se poderia entender como segurança "do Direito", visto que o próprio Direito necessita ser claro, determinado, seguro; segurança "pelo Direito", servindo o Direito como um instrumento para assegurar; segurança "dos Direitos" - certeza dos direitos, mormente os direitos fundamentais e proteção da confiança legítima; segurança "frente ao Direito", em que o indivíduo se protegeria do próprio Direito; segurança "a um Direito", como segurança de um indivíduo; segurança jurídica "como um Direito", como um direito subjetivo fundamental; segurança "de um Direito", voltada à proteção de um direito específico; e segurança "no Direito", em que "a segurança jurídica é um estado ideal que se conquista no próprio processo de interpretação e de aplicação do Direito".<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 43.

<sup>63</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 154.

<sup>64</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 134-142.

Para Humberto Ávila, os diferentes sentidos não são paralelos, mas sim, coimplicados. Contudo, caso o autor tivesse que escolher uma, dentre as várias acepções, seria segurança "no Direito", a fim de que se compreenda que

a segurança jurídica não é uma qualidade intrínseca do Direito ou de suas normas, vinculada à sua prévia determinação, porém um produto cuja existência, maior ou menor, depende da conjugação de uma série de critérios e de estruturas argumentativas a serem verificadas no próprio processo de aplicação do Direito.<sup>65</sup>

Sobreleve-se que o Direito não é um objeto meramente descrito ou revelado, mas sim, uma prática argumentativa.<sup>66</sup>

Humberto Ávila, em sua obra "Segurança jurídica", faz uma decomposição analítica bem mais ampla, esmiuçando o tema ao distinguir segurança jurídica de segurança não jurídica e, em relação a esta, ao tratar da segurança como fato, valor e norma, analisando-se seus aspectos instrumentais e finalísticos e, em relação a estes, tratando do aspecto material (conteúdo da segurança jurídica), aspecto objetivo (segurança jurídica do quê?), aspecto subjetivo (sujeitos da segurança jurídica), aspecto temporal (segurança jurídica quando?), aspecto quantitativo (segurança jurídica em que medida) e aspecto justificativo (segurança para quê e por quê?).<sup>67</sup>

Já Gometz, em sua definição não classificatória de segurança jurídica, leva em consideração *quem prevê, o que se prevê, como se prevê e quanto se prevê*. Para o jurista italiano, haveria uma dimensão horizontal de segurança jurídica, em que se verifica a "difusão da capacidade de previsão jurídica", analisando-se *quem prevê*, e uma dimensão vertical, que leva em conta "a efetiva intensidade de tal capacidade", levando-se em consideração *o que se prevê*.<sup>68</sup>

De qualquer sorte, sem a profundidade da tese de Humberto Ávila sobre segurança jurídica, até por não ser esse o ponto central do presente estudo, impõe-se fazer uma decomposição da segurança jurídica em seus principais aspectos: objetivo, subjetivo e quantitativo.

---

<sup>65</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 142.

<sup>66</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 144.

<sup>67</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 128-191.

<sup>68</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 176-177.

Posteriormente, para ficar ainda mais clara a definição da expressão segurança jurídica aqui empregada, será estudado o conteúdo da segurança jurídica.

Em relação ao aspecto objetivo da expressão segurança jurídica, ou segurança *do quê*, convém destacar a necessidade de segurança normativa, jurisprudencial e doutrinária, a fim de que se superem as fontes de insegurança tratadas no § 1º da Seção I.

A bem da verdade, é necessário que haja cognoscibilidade do Direito, com o respeito pela segurança normativa, decorrente da existência de normas estáveis, claras e com a coerência de todo o sistema normativo.

A multiplicidade de leis hoje existentes, muitas das quais excessivamente específicas e temporárias, bem como a ausência de clareza normativa, fruto da complexidade e obscuridade tecnicista das normas, fazem com que o ordenamento jurídico careça de cognoscibilidade, gerando um déficit de segurança jurídica.

Nesse contexto, para uma correta definição de segurança jurídica, é indispensável a segurança normativa, com estabilidade, clareza e coerência do ordenamento jurídico, a fim de que se contribua com o ideal de cognoscibilidade do Direito.

Igualmente, não se pode olvidar a necessidade de estabilidade e de coerência na interpretação do Direito posto, evitando-se o caráter fluido e a falta de confiabilidade de interpretações jurisprudenciais contraditórias.

Não se pode desconhecer a maleabilidade da jurisprudência, que permite melhor adaptação do Direito à realidade social, dando maior efetividade ao ordenamento jurídico.

Destaque-se, também, que o Direito é estrutura argumentativa em que se reconstruem "alternativas semânticas possíveis de uma norma mediante critérios hermenêuticos. A norma jurídica, em geral, não contém um único sentido, mas alternativas semânticas e núcleos de significação".<sup>69</sup>

Percebe-se, por conseguinte, o espaço existente para diferentes interpretações dos textos normativos. No entanto, deve-se ter especial atenção com a estabilidade da interpretação jurisprudencial, a fim de que se garanta a

---

<sup>69</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 158.

cognoscibilidade do Direito, ao mesmo tempo em que se atinjam os ideais de confiabilidade e de calculabilidade do Direito.

A segurança jurisprudencial também faz parte da definição de segurança jurídica, sendo desejável a estabilidade e a confiabilidade do Direito, evitando-se, outrossim, decisões contraditórias, ininteligíveis e com fundamentação deficiente, que enfraquecem a segurança jurídica, tanto em sua dimensão estática de cognoscibilidade, quanto em sua dimensão dinâmica de confiabilidade e calculabilidade.

Já, em relação à segurança doutrinária, refere-se "à clareza, à abrangência, à consistência (formal) e à coerência (material) não das normas (linguagem-objeto), mas dos enunciados doutrinários que vertem sobre elas (metalinguagem)".<sup>70</sup>

A segurança doutrinária é de grande relevância, mormente diante da hipertrofia legislativa e da instabilidade jurisprudencial existente, devendo servir a doutrina para orientar e sistematizar o vasto manancial normativo, contribuindo para a cognoscibilidade do Direito. Ademais, a postura crítica da doutrina contribui para que se evite a ocorrência de arbitrariedades, seja pelo legislador, seja pelo intérprete do Direito.

Assim, quanto menos desenvolvida for a doutrina, em determinado campo do Direito, maiores serão os riscos da imprevisibilidade das decisões judiciais, o que prejudica a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do Direito, percebendo-se, por conseguinte, a importância da segurança doutrinária.

Em relação ao aspecto subjetivo da segurança jurídica, está-se falando em cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade para o cidadão em geral, e não apenas para a comunidade jurídica. Contudo, o ponto mais relevante do aspecto subjetivo é o atinente aos destinatários do direito fundamental à segurança jurídica, que são os três poderes: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

No que tange ao Poder Legislativo, percebe-se que

a legislação tem causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade: de cognoscibilidade, em virtude de indeterminação e complexidade das leis; de confiabilidade, em razão da sua instabilidade ou da restrição de

---

<sup>70</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 151.



situações consolidadas no passado ou mesmo de expectativas asseguradas; e de calculabilidade, pela falta de suavidade das alterações e de coerência no desenvolvimento do ordenamento jurídico.<sup>71</sup>

É nessa dimensão que merece destaque a situação do Direito Eleitoral, visto que, a cada quatro anos, surgem alterações legislativas relevantes, via de regra, no período compreendido pelo art. 16 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 04, de 1993, que estabelece a não aplicação de lei que alterar o processo eleitoral à eleição que ocorra em até um ano da data de sua vigência. Apenas para exemplificar, saliente-se a Lei 11.300/2006, a Lei Complementar 135/2010 e a Lei 12.891/2013.

Ademais, como se não bastasse, uma das particularidades da legislação eleitoral diz respeito às Resoluções emitidas pela Justiça Eleitoral, no exercício de sua função normativa, especialmente, com o fito de regulamentar os pleitos eleitorais. Tais Resoluções, que possuem força de lei, podendo, inclusive, ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, muitas vezes, inovam em relação ao texto legal, trazendo ainda mais incertezas para o processo eleitoral. Merecem destaque, nesse particular, as Resoluções emitidas para o pleito eleitoral de 2014, que trouxeram inovações à legislação eleitoral, como a mescla do prazo de substituição para candidatos às eleições proporcionais e majoritárias, em que se utilizaram parâmetros da lei 9.504/97 (Lei das Eleições) antes e depois da minirreforma eleitoral, e o prazo para apresentação das prestações de contas parciais, que não utilizou a previsão da Lei 9.504/97 anterior, nem a redação posterior à Minirreforma Eleitoral (Lei 12.891). Igualmente, no tocante às prestações de conta parciais, que, conforme a redação antiga e a redação atual da Lei das Eleições, não necessitava da apresentação do nome dos doadores, a fim de evitar que os demais candidatos, conhecendo a pessoa do doador, o pressionassem para também serem agraciados com contribuições de campanha, a Resolução 23.406, de 05 de março de 2014, do TSE, inovou ao determinar o detalhamento dos doadores.

Já, no tocante ao Poder Judiciário, acentue-se que

a jurisdição tem causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade: de cognoscibilidade, em virtude da falta de fundamentação

---

<sup>71</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 165.

adequada das decisões ou, mesmo, da existência de divergências entre decisões, órgãos ou tribunais; de confiabilidade, em razão da modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa inclusive para aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição dos seus direitos fundamentais; e de calculabilidade, pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, mesmo, pela ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico.<sup>72</sup>

Nesse ponto, igualmente, merece relevo a particularidade da Justiça Eleitoral, tendo em vista que não há uma magistratura eleitoral própria, utilizando-se, basicamente, a estrutura da Justiça Comum, mas tendo os Juízes Eleitorais mandatos de dois anos, podendo ser reconduzidos, como regra, para um único biênio subsequente. Assim, a alteração constante da composição das cortes eleitorais acaba por gerar, de igual forma, alterações jurisprudenciais, nem sempre, decorrentes de um processo estável de modificação.

A título de exemplo, pode-se referir a alteração jurisprudencial atinente aos, equivocadamente, denominados "contas-sujas", ou seja, aqueles que tiveram suas contas eleitorais de campanha reprovadas em eleições anteriores, e que, em março de 2012, em decisão do Tribunal Superior Eleitoral, por quatro votos a três, foram considerados sem requisito de registrabilidade, o que impedia a sua participação no pleito eleitoral de 2012, mas que, em junho do mesmo ano, menos de três meses após a decisão anterior e durante o período de realização de convenções e de escolha dos candidatos, foram considerados elegíveis para o pleito eleitoral, em razão da alteração da composição do TSE e da alteração da apertada maioria, novamente, em julgamento por quatro a três.

Merece destaque, igualmente, a decisão do Recurso Contra Expedição de Diploma n. 884, de 17/09/2013, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que, após 25 anos de vigência da Constituição Federal de 1988 e de inúmeros casos de Recurso contra Expedição de Diploma, considerou, não recepcionada, a redação original do inciso IV do art. 262 do Código Eleitoral, de 1965 e, inconstitucional, a sua parte final, posterior à Constituição Federal.

No caso em comento, o Tribunal Superior Eleitoral, de uma hora para a outra, entendeu, por bem, considerar a redação original do inciso IV do art. 262 da Lei 4737/65 (Código Eleitoral) não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, e a alteração dada pela Lei 9.840/99, inconstitucional, mesmo após anos de

---

<sup>72</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 166.

utilização do referido dispositivo legal para fundamentar diversos Recursos Contra Expedição de Diploma, tendo desconstituído inúmeros diplomas com base nesse dispositivo. O mais paradoxal é que o referido julgado, em sua ementa, utiliza a expressão segurança jurídica, mesmo diante dessa mudança jurisprudencial abrupta e surpreendente.

A instabilidade jurisprudencial da Justiça Eleitoral também traz graves dificuldades para a cognoscibilidade do Direito, mormente diante da interpretação do disposto no art. 16 da Constituição Federal, que refere não ser aplicável a lei que altere o processo eleitoral à eleição que ocorra até um ano da sua vigência. Ressalte-se que, conforme referido anteriormente, é comum o legislador alterar a legislação eleitoral a cada quatro anos, sendo que a aplicação para o pleito subsequente é sempre fruto de grande controvérsia. Podem-se sublinhar, apenas para ficar em alguns casos mais recentes, a Lei 11.300/2006, que foi considerada aplicável para a eleição do mesmo ano, a Emenda Constitucional n. 52, de 2006, que deu nova redação ao § 1º do art. 17 da Constituição Federal e não foi aplicada para o pleito de 2006, a Lei Complementar 135/2010, que não teve aplicação nas eleições de 2010, e a Lei 12.891, de 11 de dezembro de 2013, e que não foi aplicada ao pleito eleitoral de 2014.

De qualquer sorte, a aplicação ou não da "nova" legislação ao pleito subsequente, ocorrido em menos de um ano de sua vigência, em todos os casos acima referidos, suscitou muitas controvérsias até às portas do período eleitoral, contribuindo para uma grande insegurança jurídica por parte dos protagonistas dos embates eleitorais. Aliás, em relação à Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), a sua não aplicação para o pleito de 2010 somente foi definida pelo Supremo Tribunal Federal após a realização das eleições.

Por fim, o direito fundamental à segurança jurídica tem, por destinatário, o Poder Executivo, devendo o administrador cumprir as disposições normativas existentes em nosso ordenamento jurídico e devendo os atos administrativos cumprirem os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Por conseguinte, para uma correta definição da segurança jurídica, não se podem olvidar os destinatários desse direito fundamental, que são aqueles que devem cumprir com a segurança jurídica, viabilizando a cognoscibilidade, decorrente da clareza, sistematização e coerência do Direito posto e a

confiabilidade e calculabilidade, decorrentes da estabilidade do ordenamento jurídico.

O aspecto quantitativo - segurança em que medida - é um dos pontos cruciais da segurança jurídica, tendo em vista que as principais críticas dirigidas a esse princípio decorrem de impossibilidade de uma previsibilidade absoluta.

É nesse panorama que se insere o conceito não classificatório de segurança jurídica, trazido por Gometz. Não se trata de um conceito tudo ou nada, tendo em vista a impossibilidade teórica de uma previsão absoluta das decisões judiciais. Logo, deve-se falar em graus de segurança jurídica, assegurando uma flexibilidade.<sup>73</sup>

Acerca do grau de segurança jurídica, do *quanto*, o jurista italiano distingue uma dimensão vertical, que trata da "quantificação das potencialidades preditivas dos indivíduos" e leva em conta os fatores de "fiabilidade, precisão e extensão no tempo das previsões", e uma dimensão horizontal, que versa sobre a "efetiva difusão da capacidade preditiva entre os indivíduos incluídos na classe de referência".<sup>74</sup>

Conforme demonstrado por Humberto Ávila, não é possível se falar em certeza absoluta, tendo em vista o caráter argumentativo do Direito, não havendo um sentido normativo único, podendo-se falar em calculabilidade, que seria a

capacidade de antecipar, em medida razoável de profundidade e de extensão, as consequências jurídicas que o ordenamento jurídico determina que sejam implementadas. Não se antecipa o futuro, mas o sentido normativo do presente no futuro ou, mais tecnicamente, o sentido normativo da ação ou da inação praticadas no presente por uma decisão a ser proferida no futuro.<sup>75</sup>

Não há que se falar em previsibilidade absoluta, visto que não há como se imaginar um sentido unívoco para segurança jurídica, havendo uma indeterminação das normas jurídicas, eis por que são vertidas em linguagem, o que

---

<sup>73</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 172-173.

<sup>74</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 238-243.

<sup>75</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 175-178.

permite significados distintos. Por tal razão, não há que se falar em determinação, mas sim, em calculabilidade.<sup>76</sup>

Segurança jurídica é a "garantia de que o cidadão possa conhecer e calcular as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a atos ou fatos, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se *dentro* daquelas alternativas reduzidas e antecipadas".<sup>77</sup>

No mesmo sentido, Gometz define segurança jurídica

como a possibilidade difundida entre os indivíduos compreendidos em uma determinada classe, de prever a gama de consequências suscetíveis de ser espontânea ou coativamente ligadas a atos ou fatos, assim como o âmbito temporal em que tais consequências jurídicas se produzirão.<sup>78</sup>

De acordo com o jurista italiano, a segurança jurídica é uma "possibilidade difusa de prever corretamente as consequências jurídicas de atos ou fatos", sendo um conceito "factual disposicional não classificatório". Trata-se de "uma disposição, uma potencialidade cuja subsistência pode ser controlada somente caso verificadas algumas condições", sendo, portanto, gradativa, não se devendo falar apenas em Direito seguro ou inseguro, mas sim, em um Direito mais ou menos seguro.<sup>79</sup>

Não se pode desconhecer a impossibilidade de uma concepção unívoca, razão pela qual o "eixo central da segurança jurídica deixa de ser propriamente a previsibilidade conteudística para passar a ser o da controlabilidade decisional".<sup>80</sup>

Convém salientar, outrossim, que a importância da segurança jurídica decorre, também, da necessidade de se evitar arbitrariedade, casuísmo, quebra de

---

<sup>76</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 156.

<sup>77</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 156.

<sup>78</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 36.

<sup>79</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 157-158.

<sup>80</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 156.

expectativa, possuindo a segurança jurídica um valor instrumental para a garantia de outros direitos, como a liberdade, igualdade e dignidade.<sup>81</sup>

O caráter instrumental da segurança jurídica resta evidenciado de sua natureza principiológica, em que se demanda a "realização de um estado de coisas cuja promoção gradual depende da adoção de determinados comportamentos".<sup>82</sup>

Conforme preleciona Gometz, a importância da segurança jurídica decorre de ela estar a serviço "da capacidade de planejamento juridicamente informado de escolhas práticas individuais e, mediatamente, sobre a *autonomia* do indivíduo, entendido como sujeito capaz de elaborar planos de ação a longo prazo".<sup>83</sup>

O princípio da segurança jurídica é uma "norma jurídica que determina a adoção de comportamentos humanos que provoquem efeitos que contribuam para a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito".<sup>84</sup>

Sob essa ótica, passa-se à análise da natureza jurídica da segurança jurídica, verdadeiro direito fundamental.

## § 1º. Direito fundamental à segurança jurídica

Em que pesem o estado de insegurança em que se vive e as críticas à segurança jurídica, há que se destacar que se está diante de um direito fundamental, cuja essencialidade é cristalina.

Não há dúvidas acerca da necessidade de segurança jurídica, podendo se falar em verdadeira indispensabilidade de tal princípio, visto que

---

<sup>81</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 181-187.

<sup>82</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 187.

<sup>83</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 34-35.

<sup>84</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 188.

sequer se poderia considerar propriamente jurídico um ordenamento privado de certeza.<sup>85</sup>

Dessa maneira, conforme Gustav Radbruch, a segurança jurídica seria um dos elementos nucleares do Direito, juntamente com a justiça e a conformidade a fins e, sem os quais, o próprio Direito não se caracteriza. Radbruch, inclusive, resume o seu pensamento no sentido de que justiça e segurança sejam os únicos "elementos universalmente válidos da ideia de direito".<sup>86</sup> Aliás, para o jurista alemão, a justiça e a reta finalidade seriam duas preocupações secundárias do Direito, sendo a segurança e a conseqüente paz social as principais preocupações do Direito.<sup>87</sup>

Já, consoante Norberto Bobbio, a segurança jurídica seria um "elemento intrínseco do direito", sendo indispensável para que se evite o arbítrio e para proteger a igualdade jurídica.<sup>88</sup>

No mesmo sentido, Mezquita del Cacho assevera que a segurança jurídica é decisiva para a estabilidade do Estado, tendo se "*consolidado como noção medular da Teoria Geral do Direito*".<sup>89</sup> E, para Eduardo García de Enterría, para além do Direito, a segurança jurídica é um valor substancial da vida humana.<sup>90</sup>

Percebe-se, pois, que a segurança jurídica seria inerente ao próprio Direito, não se podendo desconsiderar a sua relevância e a importância de seu estudo. É nesse contexto que Francesco Carnelutti assegura que sequer se poderia considerar Direito se ele não fosse seguro,<sup>91</sup> e Recasens Siches destaca que a ausência de segurança nega a essência mesma do jurídico, pois "a essência do jurídico corresponde à noção de segurança".<sup>92</sup>

<sup>85</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 112.

<sup>86</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. revista e acrescida. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 162.

<sup>87</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. revista e acrescida. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 161.

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito? **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, n.28, 1951, p. 151.

<sup>89</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 41.

<sup>90</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Pamplona: Civitas Ediciones, 2006, p. 48.

<sup>91</sup> CARNELUTTI, Francesco. Certezza, autonomia, libertà, Diritto. **Il Diritto della Economia**, n. 2, 1956, p. 1190.

<sup>92</sup> RECASENS SICHES, Luis. **Vida humana, sociedad y derecho**: fundamentación de la Filosofía del Derecho. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1952, p. 224-225. Para o autor, "a segurança é o valor fundamental do jurídico, sem o qual não pode haver Direito", não sendo o único valor, nem o valor supremo, tendo em vista os valores superiores como justiça, mas é a segurança que está dentro do

Para Recasens Siches, o Direito não surge como mero tributo aos valores superiores, como a justiça, mas sim, em razão de uma urgência de segurança. A raiz do Direito decorreria da segurança na vida social.<sup>93</sup>

O conteúdo do Direito varia de acordo com os povos e os tempos, mas, seja qual for o conteúdo do Direito, ele "representa uma função de segurança, de ordem certa e eficaz".<sup>94</sup> Conforme Danilo Knijnik, "a segurança jurídica é, antes de tudo, um valor subjacente a toda e qualquer compreensão de direito".<sup>95</sup>

Manuel Atienza destaca que existem muitos valores normatizados no Direito, mas que também é um valor saber que esses valores da sociedade vão se realizar, é um valor importante a segurança de que essas normas serão realizadas.<sup>96</sup>

Frise-se, portanto, que a segurança jurídica é necessária para a própria subsistência do Direito, devendo os legisladores e juristas lhe darem atenção, periodicamente, para manter o Estado de Direito.<sup>97</sup> Trata-se de elemento constitutivo do Estado de Direito.<sup>98</sup>

seu conceito e, sem segurança, não haveria Direito, pois "a ausência de segurança nega a essência mesma do jurídico".

<sup>93</sup> RECASENS SICHES, Luis. **Vida humana, sociedad y derecho**: fundamentación de la Filosofía del Derecho. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1952, p. 219.

<sup>94</sup> RECASENS SICHES, Luis. **Vida humana, sociedad y derecho**: fundamentación de la Filosofía del Derecho. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1952, p. 221.

<sup>95</sup> KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 21, 1994, p. 148. Para ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168-169, "direito e segurança andam juntos", razão pela qual, "se o direito não se afirma por seguro e garantidor de segurança para as pessoas, direito ele não é, pelo menos não como expressão maior da criação social e estatal".

<sup>96</sup> ATIENZA, Manuel Rodríguez. **Introducción al derecho**. Barcelona: Barcanova, 1985, p. 119. Para PIOVESAN, Flavia, e IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. *In* ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 48, "a idéia de um direito à segurança de direitos se centra na própria idéia de dignidade, na idéia de que existem certos direitos fundamentais, que, embora construídos historicamente, fundamentam-se em um valor intrínseco ao ser humano: a dignidade. Nesse sentido, o direito à segurança de direitos perfaz um direito ao não retrocesso, um direito à preservação de direitos já reconhecidos institucionalmente, um direito ao universalismo atemporal de direitos".

<sup>97</sup> ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 26.

<sup>98</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257. Para PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**, 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 71, "no Estado de Direito, a liberdade não se logra a custa da segurança e da lei, mas sim através delas".



Salienta Valembois, que o Estado de Direito, formal e material, possui relação estreita com a segurança jurídica, sendo seu primeiro fundamento.<sup>99</sup>

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida a princípio fundamental da Constituição Brasileira (art. 1º, *caput*), constitui substrato capital para a segurança jurídica”.<sup>100</sup> Já, segundo Valembois, a necessidade de segurança jurídica decorre do Estado de Direito, sendo inerente a ele.<sup>101</sup>

Insta salientar a essencialidade da segurança jurídica, “especialmente no Estado de Direito; e que ele justifica qualquer intenção de estruturar, em torno do mesmo, sistemas próprios para sua garantia em todos os campos de projeção”.<sup>102</sup> Assim, percebe-se a relevância do aprofundamento do estudo sobre segurança jurídica no campo do Direito Processual Eleitoral.

Demonstradas a essencialidade da segurança e a sua relação com o Estado de Direito, é imperioso destacar que se trata de um direito fundamental, cuja origem remonta

aos primeiros momentos do constitucionalismo moderno. Exemplo definitivo é o que se fez conter no art. 1º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, no qual se arrolou a segurança como direito titularizado por todos os homens.<sup>103</sup>

Para Ingo Sarlet, pelo menos, desde a Declaração de Direitos Humanos de 1948, o direito à segurança jurídica

passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.<sup>104</sup>

<sup>99</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 253-254.

<sup>100</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Do formalismo no processo civil**, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 272.

<sup>101</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 30.

<sup>102</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 236.

<sup>103</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional

Continua Ingo Sarlet, demonstrando que a segurança jurídica é reconhecida, há muito tempo, como um direito fundamental, essencial para o Estado de Direito, sendo um princípio fundamental da própria ordem jurídica estatal:

Havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também - pelo menos em princípio e *num certo sentido* - um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o "governo das leis" (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades [...] segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.<sup>105</sup>

Percebe-se, por conseguinte, a natureza principiológica do direito fundamental à segurança jurídica, merecendo "papel de destaque na constelação dos princípios e direitos fundamentais".<sup>106</sup>

O princípio da segurança jurídica é consagrado e aplicado na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, podendo-se destacar a Corte Europeia dos Direitos do Homem, a Corte Constitucional alemã, a Constituição espanhola, dentre outros.<sup>107</sup>

A natureza da segurança jurídica provém de uma norma-princípio, em que se percebe um "estado de coisas que deve ser buscado mediante a adoção de

brasileiro. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 86. Na mesma obra coletiva, Flavia Piovesan e Daniela Ikawa publicaram o artigo intitulado "Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos", em que, à p. 48, expressaram que "o direito à segurança de direitos, fundamentado no reconhecimento da dignidade humana, já estava previsto, ainda que implicitamente, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948".

<sup>105</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 90.

<sup>106</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 93.

<sup>107</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 135.

condutas que produzam efeitos que contribuem para a sua promoção",<sup>108</sup> envolvendo um fim, um estado de coisas a ser buscado e os meios, as condutas necessárias para sua promoção. Pode exercer a função, outrossim, de sobreprincípio, servindo como "reagrupador" dos seus subprincípios.<sup>109</sup>

Concebe-se a segurança jurídica como "uma norma-princípio que exige a adoção de comportamentos que contribuam *mais* para a existência de um estado de confiabilidade e de calculabilidade *do e pelo* Direito, com base na sua cognoscibilidade".<sup>110</sup>

A segurança jurídica "determina a proteção de um ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos, muitos dos quais já previstos expressamente [...]; como princípio, incorpora e positiva um valor em um nível maior de concretização", e que denota um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.<sup>111</sup>

É nesse contexto que Humberto Ávila conceitua segurança jurídica como

norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos, e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.<sup>112</sup>

Para o autor,

o princípio da segurança jurídica é uma norma portadora de eficácia *sui generis* no quadro principiológico, uma espécie de norma-condição ou norma-estrutura, sem cuja eficácia mínima as outras normas também deixam de ser minimamente eficazes. Ela é um "princípio de intermediação", pois estabelece *condições*

<sup>108</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 115.

<sup>109</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 645.

<sup>110</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 651.

<sup>111</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 256.

<sup>112</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 274.

*funcionais* para os princípios e para as regras que compõem o ordenamento jurídico.<sup>113</sup>

Interessante a lição de Humberto Ávila, quando afirma que

*segurança jurídica é um princípio que, exercendo várias funções eficaciais e argumentativas relativamente a normas que lhe são supra e infraordenadas, serve de pressuposto funcional para a produção e para a aplicação do Direito, não podendo ser jamais integralmente afastado.*<sup>114</sup>

Na condição de princípio, a segurança jurídica tem como destinatários os três Poderes, Legislativo, Judiciário e Executivo, determinando "a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade".<sup>115</sup>

Mesmo que se saiba que a segurança jurídica é inerente ao Direito, não se pode olvidar a necessidade de densificação normativa desse princípio pelo ordenamento jurídico.<sup>116</sup>

Para Mezquita del Cacho, a segurança é também um valor, mas sem perder sua categoria de princípio, que irradia sua influência informadora sobre todo o ordenamento, sendo que, em conformidade com a Constituição espanhola, teria sido elevada, inclusive, ao "nível máximo de supernormatividade", havendo apenas dois valores nesse nível: justiça e segurança jurídica.<sup>117</sup>

## § 2º. Fundamentação da segurança jurídica

No Direito brasileiro, a segurança jurídica tem presença destacada na Constituição, desde o seu preâmbulo. Ingo Sarlet salienta a possibilidade, inclusive, de se entender a segurança na Constituição brasileira como uma cláusula geral.<sup>118</sup>

<sup>113</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 703.

<sup>114</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 668.

<sup>115</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 118.

<sup>116</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 195.

<sup>117</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 219-220.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional

A bem da verdade, as inúmeras menções na Constituição brasileira à segurança demonstram o lugar de destaque desse princípio no Direito brasileiro,<sup>119</sup> em que pese, como expressão “segurança jurídica”, a única menção expressa na Constituição Federal de 1988 seja a do art. 103-A, fruto da Emenda Constitucional 45/2004.

No entanto, não apenas o art. 103-A da Constituição Federal trata de segurança jurídica, pois, como bem salienta Humberto Ávila,

a palavra "segurança" na CF/88 qualifica-se como *segurança jurídica*, porque o art. 1º institui um Estado Democrático de Direito destinado a "assegurar a segurança como valor", referindo-se a um objetivo social que ultrapassa a dimensão meramente psicológica ou física; porque o art. 5º, ao garantir o "direito à segurança" ao lado do direito à liberdade, à igualdade e à propriedade - que são qualificados como valores sociais objetivos, e não meramente estados psicológicos individuais -, conduz à proteção da segurança de modo paralelo à garantia desses outros valores; porque, entre os direitos fundamentais catalogados pelos incisos do art. 5º, há vários relativos quer à segurança física e individual [...] quer às exteriorizações específicas da liberdade [...] o que pressupõe a amplitude maior da previsão do *caput* do mencionado artigo.<sup>120</sup>

De qualquer sorte, a Constituição Federal consagra, em seu art. 5º, XXXVI, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o que evidencia uma proteção da confiabilidade do ordenamento jurídico, que é um dos elementos da segurança jurídica, tratando-se da “garantia do passado”.<sup>121</sup>

Da Constituição Federal, podem-se extrair fundamentos diretos e indiretos da segurança jurídica, que é protegida de várias formas: “diretamente, determinando a busca de ideais que a pressupõem, instituindo ideais que a instrumentalizam ou mesmo prevendo comportamentos necessários à realização dos ideais parciais que a compõem”.<sup>122</sup>

---

brasileiro. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 88.

<sup>119</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 91.

<sup>120</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 681.

<sup>121</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 211-212.

<sup>122</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 198-200.

Dessa forma, inegáveis são os fundamentos diretos da segurança jurídica, visto que o próprio preâmbulo da Constituição Federal expressa a proteção da segurança como um valor social, estabelecendo a segurança jurídica como “segurança pelo Direito”.<sup>123</sup> Também, no art. 5º, *caput*, há a positivação da segurança, que deve ser entendida como segurança jurídica, conforme explicita Humberto Ávila.<sup>124</sup>

Aliás, “a segurança jurídica decorre do próprio sistema constitucional como um todo. Vale dizer: um dos seus fundamentos não está contido na Constituição; ele é a própria Constituição”.<sup>125</sup>

Conforme assevera Danilo Knijnik, “a segurança jurídica, enquanto tal, permeia todo o texto constitucional, não estando aprisionada, em sua inteireza, a quaisquer de seus artigos ou declaração. É-lhe, ao contrário, inerente”.<sup>126</sup>

Além dos fundamentos diretos, muitos são os fundamentos indiretos extraídos da Constituição Federal, podendo-se ressaltar a exigência de busca de fins mais amplos, como Estado de Direito e Estado Social de Direito, a determinação de realização de fins mais específicos, como liberdade, propriedade e igualdade, a previsão de fins mais restritos (moralidade e publicidade), além da prescrição de comportamentos,<sup>127</sup> destacando-se, no Direito Eleitoral, o princípio da anualidade do art. 16 da Constituição Federal e a necessidade de Lei Complementar para o estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade legal, conforme disposto no art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

Como fundamento indireto, percebe-se que a segurança jurídica pode ser extraída, por dedução, do Estado de Direito, que é um fim mais amplo e que faz “deduzir fins mais restritos necessários à sua realização, que traduzem, no seu conjunto, os ideais de confiabilidade e de calculabilidade do (e pelo) ordenamento jurídico”.<sup>128</sup> Isso decorre do fato segundo o qual

<sup>123</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 207-208.

<sup>124</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 209-210.

<sup>125</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 206.

<sup>126</sup> KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 21, 1994, p. 134.

<sup>127</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 198-200.

<sup>128</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 212.

um Estado de Direito caracteriza-se igualmente pelo ideal de protetividade de direitos e de responsabilidade estatal, somente atingido por meio de um ordenamento inteligível, confiável e previsível: a atividade estatal não é fundada e limitada pelo Direito se os poderes e se os procedimentos não são previstos, estáveis e controláveis (segurança do Direito) [...] Se o Estado de Direito é a proteção dos indivíduos contra a arbitrariedade, somente um ordenamento acessível e compreensível pode desempenhar essa função. O Estado de Direito ou é seguro, ou não é Estado de Direito.<sup>129</sup>

Tal entendimento restou expresso no voto do Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança 24.268-0, em que dispôs a segurança jurídica “como subprincípio do Estado de Direito”, assumindo “valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material”.<sup>130</sup>

Igualmente, na visão de Humberto Ávila, a segurança jurídica pode ser deduzida do Estado Social de Direito e do princípio da divisão funcional dos Poderes,<sup>131</sup> além do princípio democrático. Também, poderia ser deduzida a partir de fins específicos, como o princípio da liberdade, princípio da igualdade e princípio da dignidade humana.<sup>132</sup>

De igual modo, por indução, poder-se-ia extrair a segurança jurídica, como um fim maior, de ideais mais restritos, merecendo relevo os princípios administrativos da moralidade, publicidade, de princípios procedimentais, como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, além de regras, como a legalidade, anterioridade, em que se poderiam destacar a anualidade do art. 16 da CF e a irretroatividade.<sup>133</sup>

Impõe-se salientar que o direito fundamental à segurança jurídica é um direito constitucional processual, sendo “elemento central na conformação do

<sup>129</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 213.

<sup>130</sup> STF - MS 24-268-0 - Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes - publicado no DJ de 17/09/2004. No mesmo sentido, PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 39, expressa que “o princípio da segurança jurídica decorre implicitamente do sobreprincípio do Estado de Direito”.

<sup>131</sup> Salienta VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 35, que a estruturação formal do direito, com a separação de poderes, hierarquização das normas e organização dos recursos jurisdicionais busca assegurar a segurança jurídica.

<sup>132</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 217-231.

<sup>133</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 234-242.

direito ao processo justo”, e constituindo “direito à *certeza*, à *estabilidade*, à *confiabilidade* e à *efetividade* das situações jurídicas processuais”.<sup>134</sup>

Aliás, há um direito à segurança no processo e pelo processo, exigindo o direito fundamental à segurança jurídica “respeito: (i) à *preclusão*, (ii) à *coisa julgada*, (iii) à *forma processual em geral* e (iv) ao *precedente judicial*”.<sup>135</sup>

### § 3º. Segurança jurídica e justiça

Constantemente, os valores de segurança jurídica e justiça são apresentados de forma contraposta, como se houvesse um conflito entre eles. Nesse sentido, Radbruch salienta a possibilidade de conflito entre segurança e justiça, visto que, para ele, segurança do Direito exige positividade, e o Direito Positivo “aspira a impor-se com uma incondicional validade e obrigatoriedade, independentemente de sua justiça ou mesmo da sua exacta apropriação a quaisquer fins”.<sup>136</sup>

Seguindo a mesma linha de pensamento, verifica Gometz mais um contraste do que afinidade entre segurança jurídica e justiça, tendo em vista que, conforme o autor, havendo previsibilidade da decisão, estaria presente a segurança jurídica, mesmo que a decisão pudesse ser considerada injusta.<sup>137</sup>

Outrossim, destaca Valembouis que o ideal de justiça demanda uma análise do caso concreto, o que iria de encontro à ideia de abstração e generalidade das normas jurídicas, que proporciona a segurança jurídica.<sup>138</sup>

Sob a mesma ótica, José Afonso da Silva destaca a evidente tensão entre justiça e segurança jurídica, pois a segurança jurídica teria uma tendência ao

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 671.

<sup>135</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 671.

<sup>136</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. revista e acrescida. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 163.

<sup>137</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 132-137

<sup>138</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 110.



imobilismo, opondo-se às transformações, razão pela qual se inclinaria ao conservadorismo conectado à classe dominante.<sup>139</sup>

Percebe-se, por conseguinte, o estabelecimento de conflitos ideológicos entre justiça e segurança jurídica, em que a *direita* apresentaria a importância que tem a tradição e a estabilidade para a sociedade, enquanto que a *esquerda* tentaria fazer valer a necessidade de mudanças profundas para combater as desigualdades impostas por um passado construído com forças desiguais.<sup>140</sup>

Contudo, não há que se considerar a segurança jurídica e a justiça como valores contrapostos ou contraditórios, não se justificando tal conflito ideológico. Destaca Carlos Alberto que não se pode confundir a segurança jurídica com "a manutenção cega e indiscriminada do *status quo*", não sendo possível confundir "o valor segurança jurídica com a "ideologia" da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social".<sup>141</sup>

Consoante Danilo Knijnik, o princípio da segurança jurídica não se opõe ao valor justiça, sendo inclusive "uma forma prática de justiça". Nesse sentido, "seria absolutamente incompatível uma modalidade de segurança totalmente divorciada das aspirações de uma ordem justa, pena de converter-se, ela mesma, na própria insegurança, não querida pelo ordenamento".<sup>142</sup>

Para Almiro do Couto e Silva, segurança jurídica não se contrapõe "à justiça, é ela a própria justiça". Nesse aspecto, o jurista afirma "que as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das idéias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos".<sup>143</sup>

Não há que se falar em contraposição entre segurança e justiça, visto que aquela não pode ser concebida como mera legalidade ou positividade do Direito, enquanto que a justiça "perde sua dimensão ideal e abstrata para

<sup>139</sup> SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 16.

<sup>140</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 181.

<sup>141</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo, 4. ed., rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 101.

<sup>142</sup> KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 21, 1994, p. 149.

<sup>143</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, n. 84, 1987, p. 46-47.

incorporar as exigências igualitárias e democratizadoras que informam seu conteúdo no Estado social de Direito".<sup>144</sup>

A bem da verdade, justiça sem segurança é um mero ideal, uma virtude individual, enquanto que segurança sem justiça é mera força dominadora, sem o seu conteúdo ético.<sup>145</sup>

Destaca Pérez-Luño "a impossibilidade de estabelecer uma antítese entre justiça e segurança, porque ambas comportam pressupostos e procedimentos ineludíveis para garantir a boa ordem da sociedade".<sup>146</sup>

As democracias constitucionais modernas partem da liberdade e da busca pela igualdade e progresso como premissa para organizar uma segurança jurídica, tendo como fundamento a justiça.<sup>147</sup>

Segundo Tércio Sampaio,

o direito é um sistema que sempre se apresenta como um sistema justo e, por consequência, razoável (adequado a seus fins), o que exige uma certeza na sua posituação. Na verdade, falar da justiça como um valor eminente, ao qual a segurança se opõe como um outro valor, é entrar num jogo de contraposições de entidades supostamente diferentes. Afinal, justiça pode ser entendida como um valor, mas segurança é um direito fundamental, como o é a liberdade, a vida, a propriedade, a igualdade.<sup>148</sup>

Frise-se que, por mais que se possa afirmar que "direito seguro nem sempre é direito justo", não se pode desconsiderar que o Direito inseguro, como regra, é injusto, sendo que a segurança do Direito corresponderia à "garantia contra a arbitrariedade e contra as injustiças".<sup>149</sup>

Há uma necessidade de se buscar o equilíbrio entre o objetivo de segurança e as aspirações de justiça, uma vez que o repúdio à segurança jurídica como um freio à justiça pode gerar um risco de anarquia e de dominação de classe.

<sup>144</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**, 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 72.

<sup>145</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 206.

<sup>146</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**, 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 142.

<sup>147</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 206.

<sup>148</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 270.

<sup>149</sup> SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 16.

Assim, deve-se cuidar para que o arbítrio não subjuguem justiça e segurança jurídica.<sup>150</sup>

Mantendo-se fiel à verdade, não apenas há que se suplantar esse suposto conflito entre segurança e justiça, como a segurança é, para Teophilo Cavalcanti, condição necessária para a justiça, expressando que "à idéia de justiça é essencial a de certeza e de segurança", razão pela qual "sem ordem e segurança a justiça é inconcebível".<sup>151</sup>

Mezquita del Cacho demonstra a importância da segurança jurídica para a justiça, rechaçando a ideia de antagonismo entre os dois ideais, visto que a segurança seria uma exigência da justiça, pois esta necessitaria de uma ordem jurídica segura para se realizar.<sup>152</sup>

A segurança segue sendo um desejo ou uma necessidade do indivíduo e da sociedade e segue sendo um fim do próprio Direito. E, por mais que se percebam maiores progressos objetivos no que tange à segurança jurídica do que à justiça, com esses avanços, vão sendo reduzidos "os graus do ângulo que separa uma e outra linha, e aproximando-se ambos valores entre si".<sup>153</sup>

Aliás, "a segurança jurídica não é um mero *factum* imanente a qualquer sistema de Direito, senão um valor do Direito justo que adquire sua plena dimensão operativa no Estado de Direito".<sup>154</sup>

Na ótica de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em seu célebre "Do formalismo no processo civil", resta evidenciada a importância do valor segurança para o processo, entrelaçando-o com o valor justiça e destacando que "o próprio Estado reforça-se em sua condição de entidade responsável pela organização da vida social e reafirma a autoridade do seu ordenamento jurídico".<sup>155</sup>

---

<sup>150</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 204-205.

<sup>151</sup> CAVALCANTI FILHO, Teophilo. **Segurança jurídica**. São Paulo, 1960, p. 82.

<sup>152</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 199. O autor afirma, à p. 07, que, "sem segurança jurídica, não há como se falar em justiça".

<sup>153</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 212.

<sup>154</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**, 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 140.

<sup>155</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65-67.

Percebe-se, por conseguinte, a relevância dos valores justiça e segurança jurídica que, não apenas não são antagônicos, como são de indispensável convivência para o Estado de Direito.

Para Valembois, segurança jurídica, justiça e progresso social são os valores que inspiram a ordem jurídica, constituindo-se na trilogia dos objetivos do Direito.<sup>156</sup> Contudo, a segurança jurídica tem um lugar de destaque, sendo base fundamental da edificação jurídica e servindo de condição de existência dos outros objetivos do Direito.<sup>157</sup>

#### § 4º. Segurança jurídica e efetividade

Seguindo na mesma vereda do aparente conflito entre segurança jurídica e justiça, é comum se encontrar uma contraposição entre segurança jurídica e efetividade, ou entre segurança jurídica e celeridade, destacando Carlos Alberto Alvaro de Oliveira uma “permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica”.<sup>158</sup>

Dessa maneira, o jurista gaúcho separava, no tocante aos direitos fundamentais de natureza processual, dois grupos: os direitos fundamentais relativos aos “valores da efetividade e da segurança jurídica”, que seriam instrumentais para a finalidade do processo, “a realização da Justiça no caso concreto”.<sup>159</sup>

No Direito Processual, Ovídio Baptista destacava que a procura pela segurança, especialmente nas “filosofias políticas do Século XVII”, acabou por contribuir, nos séculos posteriores, para o abandono de juízos de verossimilhança

---

<sup>156</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 06.

<sup>157</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 07.

<sup>158</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Do formalismo no processo civil**, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260.

<sup>159</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Do formalismo no processo civil**, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 270.

e pela busca por “juízos de certeza, próprios das ciências da natureza, inaplicáveis à moral e ao direito, enquanto ciências do espírito”.<sup>160</sup>

Contudo,

o eterno dilema entre *segurança* e *efetividade* que, ao longo da história, tem representado a polaridade a que o Direito Processual não se pode furtar, teve no direito contemporâneo seu pêndulo orientado para o fator efetividade, com sacrifício da aspiração por uma justiça mais perfeita, prometida pelas formas ordinárias de nosso procedimento plenário comum, mas que se tem mostrado, cada vez mais, uma quimera inalcançável. Na verdade, parece ter-se chegado à compreensão de que os *procedimentos plenários*, apesar de sua intrínseca morosidade, não atendem nem à certeza de uma justiça tão perfeita quanto seu custo, nem muito menos à segurança de um julgamento produzido pela suposta univocidade lógica do raciocínio silogístico, que foi a generosa esperança nutrida pela doutrina moderna.<sup>161</sup>

Também, tratando da oposição entre segurança, que demandaria “um lapso temporal razoável para a tramitação do processo”, e efetividade, que reclama “que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário”, José Rogério Cruz e Tucci propugna o equilíbrio entre os dois valores, a fim de garantir a justiça do caso concreto.<sup>162</sup>

Gometz, em relação à segurança jurídica e à celeridade dos julgamentos, refere que “não são em absoluto termos sinônimos” e que não se deve falar em “segurança jurídica’ como duração razoável dos processos”, mas sim em “segurança sobre a duração breve dos processos”. A segurança jurídica, como previsibilidade, “não depende da rapidez dos processos, senão da exatidão com a qual é dado predeterminar sua duração, seja longa ou curta”.<sup>163</sup>

Em que pese não haver uma identidade entre segurança jurídica e efetividade, também aqui não se deve entendê-los como ideais contrapostos, mormente no processo do Estado Constitucional, informado pelo formalismo-valorativo, “cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores

<sup>160</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 106-107.

<sup>161</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Celeridade *versus* economia processual. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 223.

<sup>162</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, n. 66, São Paulo, 1992, p. 73.

<sup>163</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 209.

encartados na Constituição brasileira. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade".<sup>164</sup>

Nesse contexto, Carlos Alberto salienta que, "com a ponderação desses dois valores fundamentais - efetividade e segurança jurídica - visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo".<sup>165</sup>

No que tange à ponderação entre efetividade e segurança jurídica, Guilherme Rizzo Amaral propôs, como método, a "aplicação do postulado da proporcionalidade, *em raciocínio desinteressado e desvinculado de eventuais relações do indivíduo com o bem em disputa no processo*", asseverando que tal combinação "permite uma melhor harmonização e acomodação dos interesses dos membros da comunidade jurídica".<sup>166</sup>

Mesmo que, com frequência, haja contraposição entre segurança e efetividade, não se pode olvidar que a celeridade, um dos elementos da efetividade, se faz, muitas vezes, imprescindível para a própria segurança jurídica.

Impõe-se salientar que o longo tempo dos litígios é uma fonte de insegurança jurídica, devendo-se buscar uma melhor sincronização entre o tempo dos litígios e o tempo da sociedade.<sup>167</sup>

Importante se dizer que o julgamento tempestivo da lide é elemento indispensável para a segurança jurídica, havendo a necessidade de respeito à razoável duração do processo, levando-se em conta o tempo fisiológico de tramitação, mas impondo-se, em razão da efetividade, que não se postergue, em demasia, o feito, evitando-se o tempo patológico, a fim de que se tenha um processo justo e uma decisão justa.

---

<sup>164</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51. Assim, o perfil procedimental do direito ao processo justo demonstra claramente um processo civil pautado por valores constitucionais, destacando-se os valores de justiça, participação leal, segurança e efetividade.

<sup>165</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., rev. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, p. 274. Para Carlos Alberto, em sua obra **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo, 4. ed., rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102, o direito fundamental ao processo justo congrega "toda sua corte de direitos fundamentais processuais e substanciais, inclusive o da efetividade". Assim, não deve haver surpresa ao se falar "em efetividade ao se cuidar da segurança jurídica, pois os valores se *implicam reciprocamente*".

<sup>166</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 79-99.

<sup>167</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 90.

Acerca da relação entre segurança jurídica e duração razoável dos processos, refere Gometz que

a tradição não subordina a segurança jurídica à previsibilidade dos tempos das reações dos órgãos jurídicos, senão a sua razoável tempestividade. É de uso comum a afirmação segundo a qual a segurança jurídica coincide com a duração breve dos processos judiciais e dos procedimentos administrativos. A decisão é inclusive às vezes entendida como remédio que põe fim à prolongação de uma situação de incerteza, dada precisamente pela pendência do julgamento ou do procedimento.<sup>168</sup>

Como será visto adiante, a calculabilidade integra o conteúdo da segurança jurídica e, para que se possa falar em calculabilidade, é necessário que não haja um lapso temporal muito longo.<sup>169</sup> A bem da verdade, "o transcurso excessivo de tempo entre a previsão e a sua confirmação transforma a possibilidade de calcular efeitos futuros na certeza de nunca assim os definir".<sup>170</sup>

Na ótica de Humberto Ávila,

a Constituição exige, de um lado, a celeridade da definição e, de outro, a sua definitividade. Ao fazê-lo, ela própria termina por estabelecer um ideal de calculabilidade, caracterizado, precisamente, por um estado em que o cidadão possa planejar livre e autonomamente o seu futuro por meio do conhecimento antecipado das consequências a que estará sujeito e do tempo do qual estas serão definitivamente definidas.<sup>171</sup>

Nesse contexto, Humberto Ávila salienta a "exigência de duração razoável do processo como consectário da dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica".<sup>172</sup>

Tal fato se faz sentir, de maneira mais clara, no Direito Eleitoral, em que há inclusive previsão expressa acerca do que se entende por duração razoável do processo em casos em que possa ocorrer a cassação de registro ou de diploma, conforme consta do art. 97-A da Lei 9.504/97.

---

<sup>168</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 207.

<sup>169</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 629.

<sup>170</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 630.

<sup>171</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 630-631.

<sup>172</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 631.

E essa exigência de celeridade, como consequência da própria segurança jurídica, decorre da premência dos julgamentos na Justiça Eleitoral, tendo em vista o diminuto período eleitoral, com duração de cerca de três meses, e a duração dos mandatos, em regra de quatro anos, e que demonstra que a prolongação dos feitos pode ensejar a perda do objeto ou a falta de efetividade da Justiça Eleitoral.

Ademais, a longa duração dos processos também atenta contra a segurança jurídica, visto que gera dúvidas sobre a “concreta vontade da lei”, não sabendo o indivíduo qual norma deve orientar suas ações e comportamentos futuros, evidenciando-se o caráter pernicioso das dilações indevidas dos processos, já que produz verdadeira desconfiança no estado, nas leis e no processo.<sup>173</sup>

Por todo o exposto, percebe-se a necessária relação entre efetividade, e sua faceta atinente à celeridade processual, e segurança jurídica, mormente quando se está a tratar de Direito Processual Eleitoral.

## **CAPÍTULO II. CONTEÚDO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

Quando se trata do conteúdo da segurança jurídica, é indispensável a análise dos seus elementos. Conforme referido anteriormente, na definição de segurança jurídica, tem de se levar em conta os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

Merece, pois, destaque o magistério de Humberto Ávila, que utiliza cognoscibilidade, em vez de determinação; confiabilidade, no lugar de imutabilidade; e calculabilidade, em substituição à previsibilidade.<sup>174</sup>

Em sentido semelhante, Valembos identifica os elementos da acessibilidade (cognoscibilidade), estabilidade (confiabilidade) e previsibilidade (calculabilidade) no conteúdo da segurança jurídica, expressando que

---

<sup>173</sup> LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 99.

<sup>174</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 95.



a exigência de segurança jurídica envolve primeiramente a acessibilidade (material e intelectual das normas jurídicas), em segundo lugar a previsibilidade (das consequências jurídicas de seus atos e do direito mesmo), e em terceiro lugar a estabilidade (por assegurar a previsibilidade do direito e por cristalizar certas situações adquiridas).<sup>175</sup>

Dessa maneira, em seu conteúdo, a segurança jurídica deve ser entendida como cognoscibilidade, "capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los", e não como determinação. Ademais, deve-se compreender a segurança jurídica como confiabilidade, não se tratando de imutabilidade, mas sim de "estabilidade na mudança". Nesse contexto, necessária a existência de regras de transição e de proteção da confiança. A transição do passado para o futuro deve ser feita com base na estabilidade e na racionalidade. Por fim, a segurança jurídica deve ser vista como calculabilidade, e não como previsibilidade absoluta, visto não se poder falar em total e absoluta antecipação das consequências jurídicas futuras, mas havendo necessidade de que se tenha uma "elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas".<sup>176</sup>

Desde já, percebe-se a presença de duas dimensões da segurança jurídica: uma dimensão estática ou estrutural (Seção I), atinente à cognoscibilidade, e uma dimensão dinâmica, que trata da confiabilidade e da calculabilidade (Seção II).<sup>177</sup>

Na sua concepção estática, a segurança jurídica implica a possibilidade de os sujeitos anteverem as consequências jurídicas de seus atos, a fim de que possam se orientar. Já, em sua concepção dinâmica, busca-se a proteção do Direito contra sua mudança arbitrária, tratando-se de exigência de calculabilidade do Direito e de estabilização das situações jurídicas.<sup>178</sup>

Há uma clara interdependência entre as duas dimensões da segurança jurídica, uma vez que a cognoscibilidade acaba funcionando como um

---

<sup>175</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 18.

<sup>176</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 129-131.

<sup>177</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 260. A autora explicita que duas são as facetas da segurança jurídica: uma estática e outra dinâmica.

<sup>178</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 16.

pressuposto para a confiabilidade e a calculabilidade, eis por que só é possível, no presente, assegurar o Direito passado ou controlar o Direito futuro, se o Direito for conhecido pelo cidadão.<sup>179</sup> Entretanto, em que pese a dimensão estática da segurança jurídica, com o ideal de cognoscibilidade, ser pressuposto para a dimensão dinâmica, em seus ideais de confiabilidade e calculabilidade, também a dimensão dinâmica poderá ser vista como pressuposto para a dimensão estática, já que, se o Direito for instável, se ele não for confiável, também não haverá cognoscibilidade, a demonstrar a "relação de interdependência de conteúdo entre eles: sem cognoscibilidade, nenhuma confiabilidade; sem confiabilidade, nenhuma cognoscibilidade".<sup>180</sup>

Nota-se, por conseguinte, que há necessidade de o Direito ser cognoscível, em sua dimensão estática, para que se cumpra a dimensão dinâmica da confiabilidade e da calculabilidade. Contudo, se não houver confiabilidade do Direito, se não houver estabilidade no aspecto temporal/dinâmico, não se poderá falar em Direito cognoscível do ponto de vista estrutural.

Dessa forma, para Humberto Ávila, "a síntese das duas dimensões" do princípio da segurança jurídica "permitirá demonstrar que ele busca garantir, no seu conjunto, um estado ideal de respeitabilidade do ser humano, inafiançado ao engano, à frustração, à surpresa e à arbitrariedade".<sup>181</sup>

Como leciona Humberto Ávila, a segurança deve ser estudada na perspectiva atemporal (cognoscibilidade), na perspectiva do presente para o futuro (calculabilidade) e do passado ao presente (confiabilidade). Portanto, "o princípio da segurança jurídica consiste no dever de realização dos ideais de confiabilidade e de calculabilidade normativos, com base na sua cognoscibilidade".<sup>182</sup>

Segurança jurídica busca evitar surpresas, sendo uma garantia contra o risco da incerteza ou de mudanças brutais na aplicação do Direito, implicando um saber, conhecer e um prever.<sup>183</sup>

---

<sup>179</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 299.

<sup>180</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 300.

<sup>181</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 300.

<sup>182</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 419.

<sup>183</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 13.

Afirma Humberto Ávila que, "na sua exigência de cognoscibilidade, o princípio da segurança jurídica visa a servir de instrumento de orientação", impedindo que o cidadão se engane. Já, "no seu ideal de confiabilidade, ele se destina a garantir a estabilidade do Direito e das suas concretizações, preservando o passado no presente e evitando" frustração. "E, no seu objetivo de calculabilidade, ele favorece a continuidade do Direito, resguardando o futuro no presente, e impedindo" que o cidadão seja surpreendido.<sup>184</sup>

Tem-se segurança jurídica por meio de normas que garantam a inteligibilidade do Direito, confiabilidade do Direito pela estabilidade no tempo, pela vigência e pelo procedimento, e a calculabilidade do Direito pela não surpresa.<sup>185</sup>

A segurança jurídica, como ideal maior, corresponde à soma dos ideais menores, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.<sup>186</sup>

Assevera Humberto Ávila que

o ideal de cognoscibilidade delimita as condições para o exercício presente dos direitos de liberdade e de propriedade; o ideal de confiabilidade representa, sob perspectiva retrospectiva, a mudança do passado ao presente, denotando aquilo que, do passado, deve permanecer no presente; o ideal de calculabilidade ilustra, sob perspectiva prospectiva, a passagem do presente ao futuro, para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o futuro.<sup>187</sup>

Utiliza-se o termo cognoscibilidade em razão da indeterminação da linguagem, que não apresenta significados "*totalmente* prontos antes mesmo de se iniciar a atividade interpretativa [...] não há como defender uma concepção unívoca de interpretação".<sup>188</sup>

Da mesma forma, como elemento da segurança jurídica, estaria o ideal de confiabilidade, e não imutabilidade, porque há necessidade de alguma mudança, especialmente em razão do Estado Social de Direito, que

exige que o Estado cumpra sua função planificadora e indutora da sociedade, realizando mudanças sociais, especialmente por meio da distribuição de riqueza.

<sup>184</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 676.

<sup>185</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 673.

<sup>186</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 675.

<sup>187</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 97.

<sup>188</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 256.

Tais modificações, todavia, devem assegurar estabilidade e continuidade normativas.<sup>189</sup>

Outrossim, tem-se, como elemento da segurança jurídica, o ideal de calculabilidade, e não previsibilidade absoluta, tendo em vista que a natureza do Direito, "vertida em linguagem largamente indeterminada e dependente de processos argumentativos para a reconstrução de sentidos, impede a existência de univocidade dos seus enunciados".<sup>190</sup>

Impõe-se salientar que

o caráter argumentativo do Direito não é contrário à segurança jurídica, porém pressuposto dela: sem a capacidade de, por meio de uma argumentação racional (universal e coerente), questionar a ocorrência do fato gerador e da consequência normativa, admite-se a arbitrariedade, pela impossibilidade de se contestar aquilo que é, ontologicamente, inerente ao Direito.<sup>191</sup>

O presente capítulo, portanto, tratará do conteúdo da segurança jurídica, analisando-se os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. E tal estudo será feito a partir das dimensões estática e dinâmica do princípio da segurança jurídica.

## SEÇÃO I. Dimensão estática

O conteúdo da segurança jurídica, em sua dimensão estrutural ou estática, analisa as qualidades necessárias que o Direito deve ter para ser considerado seguro, servindo de "*instrumento de orientação* ao cidadão". O próprio Direito deve ser seguro, compreensível, a fim de que o cidadão possa conhecê-lo.<sup>192</sup>

<sup>189</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 257.

<sup>190</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 258.

<sup>191</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 282.

<sup>192</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 296.

A dimensão estática ou estrutural trata dos "requisitos estruturais que o Direito deve reunir [...] todos aqueles pressupostos sem os quais o cidadão não é capaz de propriamente se submeter ao Direito".<sup>193</sup>

Para que os cidadãos tenham conhecimento suficiente das normas que lhes são aplicáveis, deve haver acessibilidade e inteligibilidade do Direito.<sup>194</sup> Para isso, necessário que haja publicidade e certeza do Direito, com clareza e precisão dos enunciados normativos, com coerência do ordenamento jurídico e eficácia das normas jurídicas.<sup>195</sup> Além da exigência de clareza das normas, há uma "exigência de densidade suficiente na regulamentação legal".<sup>196</sup>

Percebe-se, por conseguinte, que a cognoscibilidade é pressuposto da segurança jurídica, que demanda o conhecimento do Direito, o acesso material e intelectual às regras de Direito, com a necessidade de publicidade das normas, bem como de sua clareza e precisão.<sup>197</sup>

Conforme salienta Humberto Ávila, "o cidadão deve ter a capacidade de saber à qual norma deve obedecer" e, "sem segurança de conteúdo e de vigência, não há segurança jurídica de orientação".<sup>198</sup>

É nesse âmbito que se fala em cognoscibilidade, em que não basta o conhecimento de qual norma seria aplicável à espécie, sendo de suma importância que se tenha clareza acerca das consequências decorrentes do descumprimento da norma.<sup>199</sup>

De acordo com Humberto Ávila,

a exigência de cognoscibilidade permite que o cidadão possa "saber" aquilo que "pode ou não fazer" de acordo com o Direito. Essa exigência, dentro de um estado de confiabilidade e de calculabilidade, capacita-o, com autonomia e com liberdade, "fazer ou não fazer", de modo que possa "ser ou não ser" aquilo que deseja e que tem condições de ser. A segurança jurídica, em outras palavras, é um instrumento

<sup>193</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 305.

<sup>194</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 283.

<sup>195</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 190-200.

<sup>196</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258.

<sup>197</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 14.

<sup>198</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 310.

<sup>199</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 324.

para que o cidadão possa saber, antes e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser.<sup>200</sup>

Impõe-se reiterar que Humberto Ávila utiliza cognoscibilidade, e não determinação, no sentido de se ter

acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora apresente um halo de certeza ou núcleo de significação, pode apresentar, em maior ou menor medida, margens de indeterminação [...] concepção determinável de interpretação, no sentido de que as regras contêm conceitos, contudo estes são, em virtude da linguagem, em alguma medida indeterminados, possuindo entretanto, núcleos de sentido já fixados intersubjetivamente, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, ao longo do seu uso, dos quais o intérprete não pode se afastar.<sup>201</sup>

Para que se possa falar em segurança jurídica, não basta a segurança de existência, devendo-se combinar, também, segurança de aplicação e de vigência das normas.<sup>202</sup>

No que tange à cognoscibilidade do Direito, percebe-se a insegurança jurídica, que, muitas vezes, se verifica no Direito Eleitoral, tendo em vista a possibilidade, inclusive, de se desconhecer quais são as normas vigentes e aplicáveis. Foi o que se pôde perceber na eleição de 2014, em relação à aplicação ou não da Lei 12.891, de dezembro de 2013, a chamada "minirreforma eleitoral", que o Tribunal Superior Eleitoral, somente em 24 de junho de 2014, às portas do período eleitoral e já quase no final do prazo das convenções partidárias e da escolha dos candidatos, decidiu pela não aplicação às eleições de 2014, por maioria apertada de quatro votos a três, tendo em vista a previsão do art. 16 da Constituição.<sup>203</sup>

Também, não é possível olvidar as resoluções que disciplinam cada pleito eleitoral e que são emitidas pelo Tribunal Superior Eleitoral até o dia 05 de março do ano da eleição.

Em relação aos atos normativos, o princípio da segurança jurídica clama pela "precisão ou determinabilidade dos atos normativos", a fim de que

<sup>200</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 95.

<sup>201</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 256-257.

<sup>202</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 344.

<sup>203</sup> TSE - CONSULTA 100075 - Relator designado Ministro Gilmar Ferreira Mendes - Publicada em 01/09/2014.

sejam “linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios”. Deve a ordem jurídica ser clara e fiável, a fim de que se respeite o Estado de Direito e se cumpra o ideal de segurança jurídica.<sup>204</sup> Nesse contexto, a simplificação do Direito é um vetor de acessibilidade e inteligibilidade da lei.<sup>205</sup>

## SEÇÃO II. Dimensão dinâmica

Para além da dimensão estática ou estrutural, tem-se também a dimensão dinâmica, funcional ou operativa, em que são analisados os problemas da ação no tempo e da transição do Direito.<sup>206</sup>

A concepção dinâmica da segurança jurídica auxilia na compreensão do Direito em suas evoluções temporais, tratando da proteção do Direito contra suas mudanças.<sup>207</sup>

Quando se fala em dimensão dinâmica da segurança jurídica, está se tratando da segurança “pelo Direito”, visto que versa sobre as condições necessárias para que o Direito seja capaz de “assegurar” direitos e expectativas”, demonstrando a busca da garantia de uma “respeitosa transição do passado ao presente”, pelo ideal de confiabilidade, bem como “do presente ao futuro”, em seu ideal de calculabilidade, “por meio do conhecimento do Direito”.<sup>208</sup>

O Estado social de Direito é “uma organização política e jurídica permeável à mudança e às necessidades sociais”. Dessa forma, a “segurança deixa de ser um princípio estático para se tornar uma garantia dinâmica que “assegura” aos cidadãos a adaptação do Direito aos requerimentos da evolução histórica da sociedade”.<sup>209</sup>

---

<sup>204</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 258.

<sup>205</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 290.

<sup>206</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 345.

<sup>207</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 16.

<sup>208</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 298-301.

<sup>209</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**, 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 125-126.

O princípio da segurança jurídica "prescreve a busca dos ideais de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, que marcam os fins, *com base* na sua cognoscibilidade, que caracteriza o seu pressuposto interno".<sup>210</sup>

Conforme Humberto Ávila, a dimensão dinâmica

refere-se ao *problema da ação* no tempo e prescreve quais são os ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa "assegurar" direitos ao cidadão e, com isso, possa servir-lhe de *instrumento de proteção*. Nesse sentido, o Direito deve ser confiável e calculável. *Confiável*, no sentido de permitir que o cidadão possa saber *quais* são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando que seus direitos sejam *frustrados* [...] "presentificar o passado", isto é, se ele puder tornar seguro o passado no presente [...] *Calculável*, no sentido de permitir que o cidadão possa saber *como* as mudanças podem ser feitas e *quando* elas serão realizadas, impedindo que ele seja *surpreendido*.<sup>211</sup>

A confiabilidade é analisada na perspectiva retrospectiva, relativa "ao passado ou à transição do passado ao presente", proibindo "determinado tipo de modificação, no presente, daquilo que foi conquistado no passado". Já a calculabilidade é utilizada na *perspectiva prospectiva*, "concernente ao futuro ou à transição do presente ao futuro".<sup>212</sup>

Assim, Humberto Ávila utiliza o ideal de confiabilidade "para denotar aquilo que, do passado, deve permanecer no presente do Direito", enquanto que o ideal de calculabilidade é utilizado "para demonstrar aquilo que, do presente, deve ser mantido na transição para o seu futuro".<sup>213</sup>

Para que se possa falar em segurança jurídica, há uma necessidade mínima de que o ordenamento jurídico seja estável, contínuo, já que, se for modificado com frequência, não se poderá falar em planejamento, tendo em vista a dificuldade que causará aos cidadãos, que poderão ter fundadas dúvidas em saber à qual norma devem obediência, além de gerar uma desconfiança de manutenção no futuro das normas existentes no presente.<sup>214</sup> É o que se percebe no Direito

<sup>210</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 302.

<sup>211</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 297-298.

<sup>212</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 347.

<sup>213</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 347.

<sup>214</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 349.



Eleitoral, com a mudança constante da legislação, pelo menos a cada quatro anos, quando se tem a chamada eleição geral.

Por confiabilidade, tem-se

o estado ideal em que o cidadão pode saber *quais* são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando, dessa forma, que os seus direitos sejam *frustrados*. Essa confiabilidade só existe se o cidadão puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos pelo Direito ontem, o que depende da existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes.<sup>215</sup>

Note-se que a confiabilidade leva em conta a estabilidade do ordenamento jurídico com sua durabilidade e irretroatividade normativa,

Já, por calculabilidade do Direito, entende-se a possibilidade que o cidadão tem de saber como e quando poderão ocorrer mudanças, buscando-se evitar surpresa, tratando-se de presentificação do futuro. Trata-se de calcular os efeitos futuros de atos que são praticados no presente.<sup>216</sup>

Por calculabilidade, deve-se entender "a capacidade de antecipar e de medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos ou fatos e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência definitiva será *efetivamente* aplicada".<sup>217</sup>

Não se trata de previsibilidade absoluta, mas sim de uma relativa previsibilidade das decisões que permite que os cidadãos façam escolhas juridicamente conscientes, programando sua própria conduta, tendo em conta as presumíveis consequências jurídicas.<sup>218</sup>

A calculabilidade configura, pois, um

estado ideal em que o cidadão pode saber *como* e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que aquele seja *surpreendido*. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã.<sup>219</sup>

<sup>215</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 691.

<sup>216</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 298.

<sup>217</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 274.

<sup>218</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 96.

<sup>219</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 692.

A segurança jurídica impõe certa estabilidade normativa, tendo em vista a impossibilidade de previsibilidade diante de constantes e intermináveis mudanças das normas jurídicas.<sup>220</sup>

Em que pese não ser possível falar em previsibilidade absoluta, não se deve entender, por calculabilidade, uma ausência de controle das previsões, em razão de a atividade interpretativa não ser discricionária, além de haver critérios de legitimação da interpretação, com base na proporcionalidade e na razoabilidade.<sup>221</sup>

O Direito não é imutável, mas há necessidade de segurança e estabilidade das relações jurídicas, valor fundamental para o Estado de Direito. Não se quer, com isso, tratar da "absoluta previsibilidade dos atos do Poder Público", tampouco de sua imutabilidade.<sup>222</sup>

Há uma exigência de permanência em um sentido objetivo, "de o ordenamento jurídico, como um todo, ser estável, como condição de exercício das liberdades dos cidadãos", a fim de que se possa falar em "segurança jurídica do Direito".<sup>223</sup>

Consoante Ferraz Júnior,

*segurança* tem a ver com a consistência da duração, isto é, com o evitar que um evento passado (*o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normada*), de repente, se torne algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que faria do tempo do direito um mero tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida. Afinal, se o *sentido* de um evento passado pudesse ser modificado ao *arbítrio* de um ato presente, a validade dos atos humanos estaria sujeita a uma insegurança e a uma incerteza insuportáveis.<sup>224</sup>

Percebe-se, por isso, que a dimensão dinâmica da segurança jurídica trata da ação no tempo, havendo uma necessidade de que a transição do passado para o presente se dê com confiabilidade e que a transição do presente para o futuro seja calculável.

<sup>220</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 16.

<sup>221</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 259.

<sup>222</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 86-93.

<sup>223</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 351.

<sup>224</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 3, Porto Alegre, 2005, p. 265.

Como se não bastasse, há uma grande preocupação com a proteção da confiança e com a irretroatividade, a fim de que modificações futuras não prejudiquem situações pretéritas.

## § 1º. Irretroatividade

Uma das grandes dificuldades atinentes à segurança jurídica se dá em relação à chamada retroatividade.

Na ótica de Canotilho,

*retroactividade* consiste basicamente numa ficção: (1) decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor; (2) ligar os *efeitos jurídicos* de uma norma a situações de facto existentes antes da sua entrada em vigor.<sup>225</sup>

Trata-se de ficção, porque o tempo não retrocede. Não se pretende impedir os acontecimentos fáticos; o que se veda, com a proibição de retroatividade, é "alterar o *sentido* normativo de um evento passado, impedindo que este possa ser modificado ao arbítrio de um ato presente".<sup>226</sup>

A retroatividade traz, como consequência, o descrédito do ordenamento jurídico, prejudicando as dimensões passada e futura da segurança jurídica, fazendo com que o cidadão não tenha mais confiança no Direito.<sup>227</sup>

A proibição de retroatividade das leis é, por conseguinte, manifestação básica da segurança jurídica.<sup>228</sup>

Cuida-se de nítida proteção da confiança, dimensão subjetiva da segurança jurídica, e que serve de

instrumento de defesa de interesses individuais nos casos em que o particular, não sendo protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito [...] exerce a sua

<sup>225</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 261.

<sup>226</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 433.

<sup>227</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 446.

<sup>228</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**, 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 124.

liberdade, em maior ou menor medida, confiando na validade (ou na aparência de validade) de um conhecido ato normativo geral ou individual.<sup>229</sup>

A proteção da confiança deve ser respeitada quando das mudanças legislativas, visto que "o Direito não pode ser retroativo, sob pena de causar falta de confiabilidade relativamente a quem deve cumpri-lo: a retroatividade faz com que a ordem que parecia existir se revele jamais ter existido".<sup>230</sup>

A importância da proteção da confiança, que não pode conviver com a retroatividade do Direito, resta cristalina nas palavras de Humberto Ávila:

O cidadão, tendo sido frustrada a sua confiança com relação à eficácia da norma anterior pela modificação introduzida pela norma presente, passa a desconfiar de que também a eficácia da norma presente pode ser alterada por uma norma futura [...] o fenômeno da retroatividade causa tanto uma frustração da confiança normativa com relação ao passado quanto o nascimento de uma desconfiança jurídica com relação ao futuro. Retroatividade, enfim, é um problema que toca tanto à exigência de confiabilidade quanto à de calculabilidade do ordenamento jurídico.<sup>231</sup>

Salienta Danilo Knijnik que o princípio da irretroatividade não é absoluto e, "em certas ocasiões, há que ceder" em razão de "interesses oriundos da ordem pública que não podem ser afastados".<sup>232</sup>

Na Constituição portuguesa, a proibição de retroatividade se dá para as hipóteses penais e fiscais, mas também para os casos de "leis restritivas de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos".<sup>233</sup>

Por tais razões, é que surge muita controvérsia acerca do efeito retroativo da Lei da Ficha Limpa, visto que

uma lei retroativa, porque modifica os efeitos depois que a conduta foi praticada, viola o direito fundamental da liberdade, pois impede a livre escolha individual, já que atinge conduta já exercida e, portanto, imodificável; viola o direito à dignidade humana, pois trata o homem como um objeto, em vez de tratá-lo como ser capaz de livremente plasmar o seu futuro; viola o direito fundamental à igualdade, pois diferencia as pessoas unicamente em razão do momento em que a ação foi praticada, atribuindo efeitos iguais para quem sabia da regra e para quem a

<sup>229</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 366.

<sup>230</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 417.

<sup>231</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 417.

<sup>232</sup> KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 21, 1994, p. 135.

<sup>233</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 260.

desconhecia; viola a própria exigência de generalidade inerente à regra da legalidade e ao princípio da igualdade, pois, em vez de atingir um número indeterminado e desconhecido de situações e de pessoas e abarcar uma *classe* de casos *hipotéticos*, atinge um número determinado e conhecido de situações e pessoas, englobando, assim, casos *escolhidos e concretos* [...] por atuar sobre uma escolha já feita e incapaz de ser mudada, a lei retroativa apresenta uma escolha forçada ao homem, impedindo-o de exercer aquilo que o distingue como ser humano: a sua autonomia.<sup>234</sup>

Destarte, pode-se questionar o art. 1º, I, k, da Lei Complementar 64/90, acrescentado pela Lei Complementar 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, uma vez que atingiu situações consolidadas no passado, operando efeitos retroativos, estabelecendo a inelegibilidade em razão de renúncia a mandato "desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município".

Ocorre que, anteriormente à Lei Complementar 135/2010, a renúncia a mandato não trazia qualquer inelegibilidade, sendo que a referida lei acabou por tornar inelegíveis políticos que haviam renunciado a mandato anteriormente à sua vigência, evidenciando-se a retroatividade dos seus efeitos e a insegurança jurídica gerada. Além do mais, buscando a lei fatos ocorridos no passado, pode-se questionar a sua impessoalidade, visto que a referida norma pode ter sido elaborada com o fito de atingir determinado caso concreto e determinada pessoa individualizada.

Percebe-se, nesse contexto, o caráter pernicioso da retroatividade da Lei da Ficha Limpa em relação a situações já consolidadas no tempo e existentes antes de sua entrada em vigor, já que traz uma restrição de direitos e garantias.

A retroatividade da Lei da Ficha Limpa, na hipótese de inelegibilidade decorrente de renúncia a mandato, fica patente, visto que o detentor do mandato eletivo que a ele renunciou, quando a norma vigente não trazia qualquer sanção, acabou sendo alcançado por uma inelegibilidade decorrente de outra norma, "inexistente e incapaz de consideração no momento em que (a conduta) foi adotada", razão pela qual, conforme demonstrado por Humberto Ávila, a

---

<sup>234</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 448-449.

retroatividade contradiz "as exigências de cognoscibilidade e de calculabilidade do Direito", eliminando "tanto a liberdade quanto a responsabilidade".<sup>235</sup>

Ainda, no que tange à segurança jurídica, percebe-se que a Constituição positivou direitos que decorrem do referido princípio, como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, tendo o constituinte feito uma ponderação prévia, tornando intangíveis as situações pretéritas.<sup>236</sup>

## § 2º. Mudanças jurisprudenciais

Da mesma forma, deve-se atentar à proteção da confiança em relação às mudanças jurisprudenciais, tendo em vista a importância da estabilidade para a segurança jurídica.

Para Humberto Ávila,

só um ordenamento estável, que não seja substancial e constantemente modificado, pode garantir um ambiente favorável ao exercício das liberdades. A durabilidade do ordenamento jurídico é, digamos, a exigência decorrente da dimensão objetiva da segurança jurídica orientada para o passado.<sup>237</sup>

Continua Humberto Ávila referindo que

todas as considerações feitas a respeito da necessidade de afastamento da surpresa, em geral, recobram importância no âmbito do Direito Processual. Isso porque os direitos fundamentais, na sua eficácia de defesa relativamente a intervenções estatais, também repelem a surpresa no âmbito dos procedimentos, sejam eles administrativos ou judiciais.<sup>238</sup>

A segurança e a confiança se sustentam com "razoáveis doses de tradição, permanência e estabilidade".<sup>239</sup>

<sup>235</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 485-486.

<sup>236</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 355.

<sup>237</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 604.

<sup>238</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 625.

<sup>239</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 169-170.

É nesse contexto que se percebe a importância dos precedentes, sendo que

a vinculação aos precedentes judiciais é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação [...] Poder Judiciário, embora esteja vinculado aos seus precedentes, pode, sim, mudar de orientação, desde que o faça de maneira fundamentada.<sup>240</sup>

Não se quer aqui estabelecer um imobilismo do Direito, mas se quer evidenciar a necessidade de se respeitar os precedentes judiciais, não havendo uma vinculação, mas se impondo a devida fundamentação para a hipótese de mudança de orientação.

O cidadão não possui “um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais”, mas a proteção da confiança orienta para uma estabilidade mínima da orientação jurisprudencial.<sup>241</sup>

Muito embora as peculiaridades dos casos concretos, nos quais se fala, comumente, que “cada caso é um caso”, certo é que o Poder Judiciário deve dar tratamento uniforme aos seus precedentes, “estendendo para os casos futuros o mesmo tratamento dado aos passados quando entre estes existirem as mesmas circunstâncias relevantes de fato”. Tal circunstância não implica a impossibilidade de alteração dos precedentes, mas impõe um redobrado dever de fundamentação que denote a existências de razões que justifiquem o seu afastamento.<sup>242</sup>

Há necessidade de se ter segurança pelo processo, sendo imperioso, no Estado Constitucional, “o respeito ao *precedente judicial*. A *segurança jurídica*, a *igualdade* e a necessidade de *coerência* da ordem jurídica impõem respeito aos precedentes judiciais”.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 470.

<sup>241</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 265.

<sup>242</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 627.

<sup>243</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 674.

Não há dúvida de que pode - e, muitas vezes, deve - haver mudança de entendimento jurisprudencial, não ocorrendo vinculação absoluta a precedentes, sendo inevitável a mudança.<sup>244</sup>

Frise-se que não se questiona a importância da mudança jurisprudencial, que permite que o Direito não fique preso ao passado e que se adapte aos fatos. O problema "não é a mudança em si, mas os seus efeitos".<sup>245</sup>

Há uma necessidade de harmonização entre as mudanças sociais, o progresso e a estabilidade. A estabilidade deve ser a regra; as mudanças devem ser mais excepcionais.<sup>246</sup>

É imperioso que se respeite a exigência constitucional de segurança jurídica, a fim de que o ordenamento jurídico possa evoluir, mas se mantendo em ordem. Não se trata de frear a evolução, mas de buscar um equilíbrio entre a garantia do direito adquirido, a estabilidade e a previsibilidade, de um lado, e a capacidade de inovação e de adaptação, inerente às sociedades modernas, de outro.<sup>247</sup>

A reiterada mudança jurisprudencial "provoca um *déficit* de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico", visto que, "se a orientação jurisprudencial anterior for abandonada, a orientação jurisprudencial futura, pela desconfiança na sua conformação, não será mais calculável".<sup>248</sup>

As pessoas podem ter sua confiança perturbada com a alteração frequente das decisões judiciais, assim como ocorre com as frequentes alterações legislativas. O Estado de Direito e a segurança jurídica demandam certa durabilidade e permanência da ordem jurídica, a fim de que se mantenha a paz jurídico-social.<sup>249</sup>

---

<sup>244</sup> Sobre precedentes, sugere-se a leitura de MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, e DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. II. 9. ed., rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p. 381-417.

<sup>245</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 471.

<sup>246</sup> MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989, p. 171-177.

<sup>247</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 468.

<sup>248</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 471.

<sup>249</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 259.



O direito fundamental à segurança jurídica tem, em seu núcleo, a ideia de estabilidade, não se admitindo modificações arbitrárias, que não decorram de “pressupostos materiais particularmente relevantes”, e devendo-se ter alguma sorte de previsibilidade, que “se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”.<sup>250</sup>

Insta reiterar, contudo, que segurança jurídica não é sinônimo de estabilidade absoluta, de imutabilidade, uma vez que isso se oporia à própria evolução do direito e à sua efetividade.<sup>251</sup>

O Direito não é imutável, razão pela qual as mudanças ocorrem naturalmente. Entretanto, tais mudanças precisam ser passíveis de antecipação, não podendo ser bruscas, sendo que a calculabilidade afasta essas mudanças bruscas, se forem desconexas e inconsistentes.<sup>252</sup>

Lógico é que, por estabilidade, não se está querendo dizer imobilismo, mas que as mudanças sejam racionais, limitando-se as hipóteses de aplicação imediata das normas jurídicas e reduzindo-se os casos de mudanças radicais, especialmente a retroatividade das normas.<sup>253</sup>

Não se pode falar em previsibilidade (absoluta), mas sim, em calculabilidade, que

significa a capacidade de o cidadão antecipar as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos, comissivos ou omissivos, próprios ou alheios, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente.<sup>254</sup>

A vinculatividade do Direito às regras existentes e às decisões tomadas hoje faz com que haja calculabilidade em relação ao conteúdo do Direito

<sup>250</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 264.

<sup>251</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 112. Nesse sentido, AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 72, evidencia que, no processo, "a valorização dessa estabilidade não pode ensejar o imobilismo jurídico, a insensibilidade às mudanças sociais e culturais".

<sup>252</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 605.

<sup>253</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 17.

<sup>254</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 596.

futuro, "permitindo que o cidadão possa saber que o Direito de amanhã, inexistindo razões justificadoras de uma mudança, será igual ao de hoje".<sup>255</sup>

Faz-se necessária, para a segurança jurídica, a estabilidade do ordenamento jurídico, devendo as mudanças jurisprudenciais serem feitas de maneira racional e muito bem fundamentadas, respeitando-se o princípio da não surpresa e permitindo que se cumpra com o ideal de calculabilidade do Direito.

Tal realidade é muito sensível no Direito Eleitoral, tendo-se alguns exemplos de mudanças jurisprudenciais radicais sem qualquer alteração que justificasse tais surpresas, merecendo destaque a decisão atinente aos chamados "contas sujas" e à inconstitucionalidade ou não recepção de uma hipótese de cabimento do Recurso Contra Expedição de Diploma, que serão melhor analisados no Título III.

De imediato, impõe-se adiantar que tais mudanças jurisprudenciais, muitas vezes, não se dão por mudança da realidade fática ou por mudança de orientação, mas sim, por mudança da composição dos colegiados, realidade muito presente no Direito Eleitoral em razão da existência de mandatos dos Juízes Eleitorais, que têm duração de dois anos e que podem ser prorrogados por mais um biênio subsequente.

Percebe-se, por conseguinte, que é da essência do Direito Eleitoral a alteração frequente da composição dos Tribunais, o que, muitas vezes, faz com que haja mudanças jurisprudenciais surpreendentes e radicais, não raramente em espaço de tempo extremamente curto, violando-se o princípio da segurança jurídica.

No que tange às mudanças jurisprudenciais no Direito Eleitoral, que são capazes de ensejar uma clara insegurança jurídica, destacam-se as decisões do TSE e do STF acerca do princípio da anualidade, disposto no art. 16 da Constituição Federal, que são claudicantes acerca de sua aplicação. A bem da verdade, o dispositivo constitucional determina a não aplicação, para a eleição que ocorra a menos de um ano da entrada em vigor, de lei que altere o processo eleitoral. Ocorre que a expressão "processo eleitoral" acabou sendo analisada de

---

<sup>255</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 631.

diferentes formas ao longo das últimas alterações legislativas,<sup>256</sup> tendo-se aplicado a Lei 11.300/2006 à eleição daquele mesmo ano, e não se tendo aplicado a Emenda Constitucional 52 de 2006 ao referido pleito eleitoral. Igualmente, não foi aplicada a Lei Complementar 135/2010 ao pleito de 2010 e tampouco se aplicou a Lei 12.891, de 11 de dezembro de 2013, às eleições de 2014.

Contudo, insta salientar que os dispositivos introduzidos pela Lei 11.300/2006, aplicada à eleição do mesmo ano, possuíam natureza muito similar aos dispositivos introduzidos pela Lei 12.891/2013, que entrou em vigor a menos de um ano das eleições de 2014, e que não foram aplicados àquela eleição. Em ambos os textos legislativos, procurou-se modificar normas atinentes à propaganda eleitoral, trazendo-se limitações para o seu exercício, buscando-se baratear o custo de campanhas eleitorais. No entanto, a aplicação ou não ao pleito subsequente mereceu tratamento distinto pelos Tribunais Superiores.

Nos casos referidos, a insegurança foi tanta que a indefinição acerca da aplicação ou não dos dispositivos legais alterados estendeu-se até o início do processo eleitoral, sendo que, no caso da Lei 12.891/2013, a dúvida invadiu o próprio processo eleitoral, visto que a decisão pela sua não aplicação às eleições de 2014 ocorreu quando já estavam sendo realizadas as convenções partidárias e escolhidos os candidatos, ou seja, quando já tivera início o processo eleitoral. O mesmo ocorreu com a Lei 11.300/2006.

A regra atinente à anterioridade, que deveria garantir “a antecipação da mudança normativa ou, pelo menos, a sua calculabilidade [...], não assegura previsibilidade, mas oferece calculabilidade, que, se não elimina a incerteza, pelo menos evita a surpresa”.<sup>257</sup> Tal norma busca salvaguardar o ideal de segurança jurídica, o que não tem ocorrido no Direito Eleitoral, uma vez que a aplicação do disposto no art. 16 da CF tem recebido tratamento diferenciado caso a caso, tudo em razão da ausência de uma definição mais precisa acerca da expressão “processo eleitoral”.

Percebe-se, por conseguinte, que mesmo normas que têm por escopo a proteção da segurança jurídica acabam tendo, em razão da instabilidade

---

<sup>256</sup> Merece destaque o parecer do então Procurador Geral Eleitoral, Roberto Gurgel, quando do julgamento da aplicação da Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2010, em que, equivocadamente, associou a expressão constitucional *processo eleitoral* com normas de Direito Processual Eleitoral, adotando entendimento ultrapassado do Supremo Tribunal Federal.

<sup>257</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 598.

jurisprudencial, um tratamento inseguro e pouco previsível, violando a confiabilidade e a calculabilidade do Direito, e, por que não dizer, no tocante ao Direito Eleitoral, mitigando a própria cognoscibilidade, tendo em vista a dificuldade de se saber qual a norma ou a orientação jurisprudencial a ser respeitada em determinado processo eleitoral.

## TÍTULO II. FASES METODOLÓGICAS E TEORIA GERAL DO PROCESSO

Após a análise da segurança jurídica, passa-se ao estudo da evolução histórica do Direito Processual, a fim de que se possa situar o Direito Processual Eleitoral. Após, será desenvolvida a pesquisa acerca da Teoria Geral do Processo, com o intuito de verificar sua importância e sua aplicabilidade aos distintos ramos de Direito Processual, especialmente o Eleitoral.

### CAPÍTULO I. FASES METODOLÓGICAS DO DIREITO PROCESSUAL

Inegavelmente, o Direito é um fenômeno cultural, não sendo diferente com o processo,<sup>258</sup> já tendo sido essa ligação indissociável entre Direito Processual e cultura muito bem demonstrada, há mais de 50 anos, na obra de Galeno Lacerda.<sup>259</sup>

O processo não é infenso à cultura. Pelo contrário, é seu produto. Nesse sentido, é que, tentando-se sistematizar a evolução histórica do Direito Processual, se costuma estabelecer três grandes linhas de pensamento: *sincretismo, processualismo e instrumentalismo*.

Claro que essa classificação em três grandes fases metodológicas não é pacífica, havendo forte corrente doutrinária que entende superado o *instrumentalismo*, vivendo-se, atualmente, em uma nova fase.<sup>260</sup> Em relação à denominação desse quarto estágio do Direito Processual, igualmente, não há uniformidade de nomenclatura, em que pesem as características e fundamentações serem claramente convergentes.

---

<sup>258</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

<sup>259</sup> LACERDA, Galeno. Processo e cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 3, 1961, p. 74-86. Galeno evidencia o caráter instrumental do processo, destacando ser um meio para a solução justa de um conflito individual de interesses e para a harmonia social.

<sup>260</sup> Pode-se destacar, a título de exemplo, MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31-32, que defende a existência de uma quarta fase metodológica, denominada formalismo-valorativo. Impõe-se destacar que o processualista gaúcho atualmente tem questionado a nomenclatura.

Como se não bastasse, é comum subdividir-se a primeira fase, merecendo relevo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem o sincretismo é subdividido em *praxismo* e *procedimentalismo*.<sup>261</sup>

Também, destaca-se Alcalá-Zamora, que apresenta cinco fases metodológicas, dividindo a primeira em quatro: *período primitivo*, até o século XI, em que as normas processuais eram apêndice das normas materiais das pessoas, coisas e ações; período da *escola judicialista*, surgida, em Bolonha, a partir do século XII, concluindo-se no século XV, época em que imperava o *iudicium*; período dos *práticos*, também conhecido como "prática forense", que teria ido do século XVI ao início do século XIX; e período do *procedimentalismo*, surgido, na França, em razão da Revolução Francesa, sendo influenciado pela codificação napoleônica e tendo seu desenvolvimento no século XIX. Posteriormente, o autor reconhece a fase referente ao *processualismo científico*, tendo, como contribuições, a polêmica entre Windscheid e Muther e a obra de Oskar Bülow, em 1868, que separou a relação jurídica processual da substancial, propiciando a independência do Direito Processual.<sup>262</sup>

## SEÇÃO I. Sincretismo

Costuma-se denominar a primeira fase metodológica do Direito Processual como *sincretismo* ou *praxismo*, tendo em vista a ausência de dissociação entre o Direito Material e o Direito Processual, considerando-se este como um apêndice daquele, tratando-se de uma fase em que refletia a mera *práxis* processual, sem qualquer cientificidade ou autonomia.

Havendo a possibilidade de subdivisão dessa fase em duas e podendo-se considerar o *praxismo* como uma dessas subdivisões, adota-se, como regra, no presente estudo, a denominação *sincretismo*, muito embora a maior parte

---

<sup>261</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

<sup>262</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso**, t. II. México: UNAM, 1974, p. 293-309. Quando da publicação da obra, em 1974, não tinha identificado o autor a fase posterior, atinente ao *instrumentalismo*.

da doutrina identifique uma situação de sinonímia entre as duas nomenclaturas, sendo até mais usual a utilização do termo *praxismo*.

Ressalta Daniel Mitidiero, que, na "pré-história do direito processual civil", se podia perceber a fase atinente ao sincretismo - ou praxismo, em que "se aludia ao processo como "*procedura*", e não ainda como "*diritto processuale civile*".<sup>263</sup>

Nesse contexto, diferentemente da classificação de Alcalá-Zamora, utiliza-se o sincretismo como a fase metodológica que congrega todas as manifestações culturais atinentes à pré-história do Direito Processual, em que o processo era o *iudicium*, e não ainda *processus*, incluindo-se o processo em todas as fases do Direito Romano e no Direito Comum.<sup>264</sup>

Assim, Scarparo assevera que, na pré-história processual, o processo era tido como *iudicium*, e não com o *processus*, estando-se diante de evidente sincretismo, em que o Direito Processual era um Direito *adjetivo*, ligado ao Direito *substantivo*.<sup>265</sup>

Essa característica contribui para a adoção da denominação *sincretismo*, visto que o ponto central desse período histórico e cultural era a ausência de uma clara separação entre Direito Material e Direito Processual, sendo este mero apêndice daquele<sup>266</sup> e, como tal, tratado como Direito adjetivo.<sup>267</sup>

Conforme salienta Marco Jobim, no sincretismo, não havia "diferenciação entre direito material e direito processual, sendo este um mero subproduto daquele", destacando o autor que essa fase também é conhecida como immanentista ou procedimentalista.<sup>268</sup>

<sup>263</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

<sup>264</sup> MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17. Para BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22, "enquadram-se, nesse período, todas as fases do direito romano".

<sup>265</sup> SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22.

<sup>266</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo**: civil e constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17.

<sup>267</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

<sup>268</sup> JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**, 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 113-114. Reitera-se, no entanto, a existência de entendimento no sentido da subdivisão do sincretismo, sendo o *procedimentalismo*, igualmente, uma subfase dentro do período.

Alexandre Freitas Câmara, em sua classificação, adota a denominação *immanentista*, expressando que "o Direito Processual tem sua evolução científica dividida em três fases muito nítidas: a fase immanentista, a fase científica e a fase instrumentalista".<sup>269</sup>

Nesse período, tinha-se o Direito Material como essencial, considerado o Direito substantivo, enquanto que o processo era o "mero conjunto de formalidades para atuação prática" do Direito Material, razão pela qual "era um direito adjetivo".<sup>270</sup>

Salienta Câmara que essa primeira fase "é caracterizada pela negação à autonomia científica do Direito Processual", tendo "como luminares os *praxistas* ou *procedimentalistas*, juristas que concentraram seus esforços na análise das formas processuais, e que viam no processo, portanto, mera sequência de atos e formalidades".<sup>271</sup>

Resta evidente que, na fase sincretista, também chamada de praxista, "não havia distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas".<sup>272</sup>

E tal fase, para a grande maioria da doutrina, perdurou até meados do século XIX.<sup>273</sup>

Nesse longo período histórico,

não se tinha consciência da autonomia da *relação jurídica processual* em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito, e muito menos elementos para sua autonomia científica. Foi o longo período de *sincretismo*, que prevaleceu das origens até quando os alemães

---

<sup>269</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10. Para o autor, a fase immanentista é anterior à autonomia científica do Direito Processual, sendo o processo "mero apêndice do direito material", evidenciando-se tratar da fase aqui chamada *sincretista*.

<sup>270</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

<sup>271</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11. Por tal razão, BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21, refere que a fase *sincretista* ou *praxista* também é conhecida como *procedimentalista*.

<sup>272</sup> DIDIER JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 199.

<sup>273</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 61.



começaram a especular sobre a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.<sup>274</sup>

Antes da autonomia do Direito Processual, o que se tinha era uma mera *procédure* e havia uma "visão *plana do ordenamento jurídico*, em que a ação era definida como o direito subjetivo lesado [...], a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento)".<sup>275</sup>

Nesse contexto, "o processo nada mais era do que um exercício do Direito Material", cabendo a ele "apenas a disciplina dos ritos", não tendo "função teleológica que não "disciplinar o rito dos debates judiciais"". <sup>276</sup>

Dinamarco deixa claro que "o direito *judiciário* civil viveu, desde as origens e por muitos séculos, sob o manto do direito privado e considerado mero apêndice deste, ou *adjetivo* que o qualifica quando submetido às vicissitudes da via judiciária", e que tal sincretismo só foi abalado no século XIX, com a afirmação da relação jurídica processual, momento a partir do qual se reconheceu ao processo sua natureza pública.<sup>277</sup>

No entanto, em que pese se reconhecer que o fim histórico e cultural dessa primeira grande fase metodológica do Direito Processual se dê, de fato, com a autonomia da relação de Direito Processual, não se pode olvidar que o período contemplou, ao menos, dois momentos relativamente distintos, embora ambos sob o manto da não separação entre o Direito Material e o Direito Processual, o que caracteriza o sincretismo.

Nesse aspecto, é que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira divide a evolução do Direito Processual em cinco fases metodológicas, segmentando a fase sincrética em praxista e procedimentalista. Assim, no período compreendido aproximadamente entre 1250 e 1667, "o direito processual era tratado como algo eminentemente prático, sem qualquer teorização maior", caracterizando-se pelo praxismo, fase em que imperava o *iudicium* e não o *processus*. Já a fase procedimentalista, ainda sincrética, teria início com o *Code Louis*, de 1667, que

<sup>274</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 61.

<sup>275</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 18.

<sup>276</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo: civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18.

<sup>277</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 49-61.

teria instaurado uma mudança de perspectiva, a partir de Pierre de La Ramée, fase em que "o processo é, então, considerado mera sucessão de formalidades, simples forma de resolução de conflitos, mera sequência ordenada de atos. Confundia-se processo com procedimento".<sup>278</sup>

O autor centra a subdivisão da fase nas primeiras codificações de Direito Processual, dando-se relevo ao *Code Louis*, de 1667, como primeiro Código de Processo Civil francês, e ao *Code de Procédure Civile* francês de 1806, período das codificações napoleônicas.<sup>279</sup>

Igualmente, no sentido da subdivisão defendida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rosemiro Leal afirma que o praxismo teria ido dos séculos XVI a XVIII, e o procedimentalismo, das codificações até o século XIX.<sup>280</sup>

Tal período de transição também merece relevo a partir da obra de Nicola Picardi, que estabelece, na passagem de *iudicium* para *processus*, a partir do século XVII,<sup>281</sup> o início da concepção moderna de processo, reconhecendo-se a sua natureza pública. De qualquer sorte, esse período continua sendo considerado como sincretista, fase que somente teria fim com a autonomia da relação jurídica processual.<sup>282</sup>

Fundamento para a não divisão em duas fases distintas centra-se no fato de que, muito embora a existência de codificação própria, o procedimentalismo teria limitado "sua elaboração doutrinária ao procedimento, à competência e à

---

<sup>278</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

<sup>279</sup> Salienta LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, vol I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 45, a importância da codificação de Luís XIV, que procurava "disciplinar de maneira clara, precisa e simples o lado exterior e formal do procedimento" e do código napoleônico, que trouxe maior simplicidade e segurança ao Direito, regulando "o processo de maneira simples e racional, eliminando muitas questões e formalidades inúteis e reabilitando a oralidade e a publicidade do processo".

<sup>280</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, *e-book*.

<sup>281</sup> A palavra *processus* já tinha uma utilização anterior, atentando para o que dizem ROSEMBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**, t. I. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955, p. 01, que começa a ser utilizada pelo Direito Canônico a partir da Idade Média.

<sup>282</sup> PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35-43. No mesmo sentido, SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22-23, entende que a transição da pré-história para a história do Direito Processual "pode ser verificada a partir do Século XVII, tendo como primeiro indício a modificação terminológica que foi dada à palavra *processus*, que acabou por tomar o caráter prioritário do *iudicium*". Salienta o professor gaúcho que o Iluminismo era o momento cultural propício para essa mudança, sendo que, "por meio das leis da razão, se poderia dotar o direito de uma estrutura matemática e, assim dizendo, científica".

organização judiciária”, razão pela qual “o Direito Processual Civil, somente na fase seguinte, é que ascende à categoria de ciência autônoma, repudiando o epíteto de 'adjetivo', que acentua sua posição de mero complemento do Direito Civil, dito 'substantivo’”.<sup>283</sup>

Dessa forma, nessa subdivisão da fase sincretista, percebe-se ainda a ausência de cientificidade, a utilização de conhecimentos meramente empíricos, sem uma definição metodológica e uma principiologia própria, sobrelevando-se que o processo “era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos” e evidenciando-se uma confusão com o mero procedimento, tendo em vista sua definição “como *sucessão de atos*, sem nada se dizerem sobre a *relação jurídica* que existe entre seus sujeitos [...] nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório)”.<sup>284</sup>

Entretanto, inegável a relevância histórico-cultural das primeiras codificações de Direito Processual, que, em certa medida, o disciplinaram, separadamente do Direito Material, mesmo que se limitando ao mero procedimento, ao *procedimentalismo*.

Nesse período, o processo era um “mero procedimento, sem maiores compromissos teleológicos. Era, portanto, absolutamente procedimentalista”, preocupando-se com “a ordem da sucessão dos atos praticados no processo, não dispondo de qualquer outro compromisso senão disciplinar a ordem do desdobramento dos atos processuais”.<sup>285</sup>

Qualquer semelhança com o Direito Processual Eleitoral não é mera coincidência, já que a única preocupação normativa com o ramo instrumental do Direito Eleitoral é a positivação de ritos procedimentais, estabelecendo a ordem dos desdobramentos processuais, sem uma autonomia científica e didática em relação ao Direito Material Eleitoral.

---

<sup>283</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 6-7. Para LAMY, Eduardo de Abelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 56, "o procedimentalismo pode ser considerado, de certa forma, como a fase de transição do período de sincretismo metodológico para o período autonomista, estando caracterizada por estudos descritivos e fragmentários de institutos processuais particulares".

<sup>284</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. I, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 274.

<sup>285</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo**: civil e constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17.

E mais: em algumas ações eleitorais, sequer há a previsão do rito procedimental, sequer o legislador se preocupou com a sucessão dos atos processuais, como se pode destacar no chamado Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED) e na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME).

Sob essa ótica, impõe-se salientar que o RCED, conquanto receba o nome de *recurso*, é uma verdadeira *ação*, que visa a desconstituir o diploma, atividade administrativa, razão pela qual não poderia ser atacada por um recurso jurisdicional. A previsão legislativa do RCED encontra-se no Código Eleitoral, especialmente em seu art. 262, em que se estabelece a hipótese de cabimento da referida ação.

Não há, contudo, a previsão de um rito procedimental específico, razão por que se adota o prazo do art. 258 do Código Eleitoral, que trata do prazo para interposição de *recurso* quando não há outro prazo estabelecido. E, por receber o nome de *recurso*, não obstante, repisa-se, seja uma verdadeira *ação*, adotou-se, para a defesa, o prazo de três dias, que corresponderia ao prazo de *contrarrazões recursais*. Importante realçar que não há um rito procedimental estabelecido, sequer havendo previsão de instrução probatória. Tal definição coube à jurisprudência, que principiou entendendo pela necessidade de prova pré-constituída, mas que, posteriormente, entendeu pela possibilidade de dilação probatória, com a instrução do processo e a produção de provas que não apenas documentais.

De qualquer sorte, percebe-se que, no caso do RCED, o legislador sequer se preocupou com o nome correto do instituto, chamado de *recurso*, mas que é uma *ação*, tampouco, com a previsão de um rito procedimental próprio.

Da mesma forma, ocorre com a AIME, que possui previsão constitucional, no art. 14, § 10 e 11, da Constituição Federal, tratando os dispositivos constitucionais das hipóteses de cabimento da ação, quando presentes corrupção, fraude ou abuso de poder econômico e do segredo de justiça na tramitação da ação.

O legislador infraconstitucional, entretanto, em momento algum, se preocupou com o estabelecimento de um rito procedimental para a ação constitucional em apreço.

Nesse contexto, o entendimento original do Tribunal Superior Eleitoral foi no sentido da adoção do rito do procedimento ordinário do Código de Processo

Civil, como se percebe, por exemplo, dos acórdãos 11.081, de 17/04/1990,<sup>286</sup> 11.951, de 14/05/1991,<sup>287</sup> e 12.286, de 31/03/1992.<sup>288</sup> E assim o foi durante anos, sofrendo esse entendimento os necessários questionamentos da doutrina eleitoralista,<sup>289</sup> tendo em vista que o moroso procedimento ordinário do Código de Processo Civil não se coadunava com a limitada duração de um mandato eletivo - objeto da ação proposta -, que, como regra, possui duração de quatro anos.

Com o passar do tempo, ficou perceptível a incompatibilidade do procedimento ordinário do CPC para a veiculação da AIME, e o questionamento doutrinário começou a se fazer sentir na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Para a mudança do entendimento jurisprudencial, foram essenciais os Recursos em Mandado de Segurança 210, de 13/06/2002,<sup>290</sup> e 258, de 30/09/2003,<sup>291</sup> ambos da relatoria do Min. Fernando Neves da Silva, em que começou a se desenhar a adoção do *rito ordinário da Justiça Eleitoral*, que seria o rito procedimental da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, do art. 3º e seguintes da Lei Complementar 64/1990.<sup>292</sup>

Tal entendimento restou consolidado apenas com a questão de ordem levantada pelo Ministro Fernando Neves na Instrução 81, de 2004, que culminou na Resolução 21.634/TSE, em que se disciplinou, para a eleição de 2004, a adoção do chamado *rito ordinário eleitoral*.

Percebe-se, pelo exposto, que, para determinadas ações eleitorais, sequer a previsão de rito procedimental foi estabelecida pelo legislador, podendo-se encartar o *Direito Processual Eleitoral* em uma fase embrionária, ainda dentro de um *sincretismo* do Direito Processual.

---

<sup>286</sup> TSE - Agravo de Instrumento 8714/MG - Rel. Min. Roberto Ferreira Rosas - j. 17/04/1990.

<sup>287</sup> TSE - REspe 8798/SP - Rel. Min. Hugo Gueiros Bernardes - j. 14/05/1991.

<sup>288</sup> TSE - REspe 8521/SC - Rel. Min. Torquato Lorena Jardim - j. 31/03/1992.

<sup>289</sup> A título de exemplo, a obra de NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos**: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000, p. 300-302.

<sup>290</sup> TSE - RMS 210 - Rel. Min. Fernando Neves da Silva - j. 13/06/2002.

<sup>291</sup> TSE - RMS 258 - Rel. Min. Fernando Neves da Silva - j. 30/09/2003.

<sup>292</sup> Impõe-se chamar a atenção, no entanto, para a falta de maior apuro técnico em relação à utilização da expressão *rito ordinário eleitoral*, tendo em vista que não há propriamente um rito ordinário no Direito Eleitoral, que se limita a estabelecer uma série de procedimentos, todos eles com ritos próprios e distintos, tendo sido, equivocadamente, denominado de *ordinário* aquele que possuía os prazos mais amplos e dilatados.

## SEÇÃO II. Processualismo

A fase metodológica do *sincretismo*, em que não havia a separação entre o Direito Material e o Direito Processual, começou a ruir no século XIX, passando-se a questionar o conceito civilista de ação, afirmando-se a diferença entre a ação moderna e a *actio romana*.<sup>293</sup>

Essa separação entre o Direito Material e o Direito Processual teve seu início com a "processualística alemã da segunda metade do século XIX", perdendo espaço o sincretismo com o desenvolvimento da cientificidade do Direito Processual, "sendo precisamente aí fundada a nova ciência".<sup>294</sup>

Trata-se do surgimento do *processualismo*, com a "tecnicização do direito e a despolitização de seus operadores", servindo o processo "como um instrumento puramente técnico, totalmente alheio a valores em sua intencionalidade operacional".<sup>295</sup>

Dessa maneira, somente a partir da metade do século XIX, é que se chegou "à idéia do direito processual como ciência, mediante um iter de desligamento das matrizes conceituais e funcionais antes situadas no direito material".<sup>296</sup>

A polêmica entre os dois romanistas alemães Windscheid e Muther em relação à *Actio romana*, nos anos de 1856 e 1857, foi um primeiro passo em direção à autonomia do Direito Processual. A polêmica atinente à natureza da ação começou a evidenciar a autonomia do Direito Processual, deixando de ser mero apêndice do Direito Material.

<sup>293</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 18.

<sup>294</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34-35.

<sup>295</sup> MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18. Conforme Botelho, BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23, essa fase também é denominada cientificista, conceitualista e autonomista. Destaca MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36, que "as grandes linhas do direito processual civil enquanto disciplina autônoma foram traçadas no processualismo, também por isso normalmente chamado de período "conceitualista" ou "autonomista"".

<sup>296</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 17.

Giovani Pugliese, na introdução à obra "Polemica sobre la "actio"", salienta que Windscheid questionou o entendimento até então existente, tratando do paralelismo entre a *actio* romana e a ação moderna, bem como da coordenação da *actio* com um Direito Subjetivo substancial, cuja tutela ela assegurava. Assim, para Pugliese, "a problemática moderna relativa tanto à *actio* como à ação tem sua certidão de nascimento na publicação de Windscheid".<sup>297</sup>

Em sua publicação *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, de 1856, Windscheid procurou demonstrar que a *actio* romana não coincidia com a ação moderna, aproximando-a da pretensão (*Anspruch*).<sup>298</sup> Conforme Pugliese, Windscheid encontrou "na pretensão o equivalente moderno da *actio* e pela primeira vez delineou como situação jurídica substancial, nitidamente distinta da ação em sentido processual e não identificável, de outra parte, com o direito subjetivo".<sup>299</sup>

Conforme refere o romanista italiano, dois eram os objetos da tese de Windscheid:

De uma parte, a *actio* havia sido, não um poder secundário e instrumental em relação ao direito, e sim um elemento primário, do qual o direito havia derivado lógica e historicamente; de outra parte, a *actio*, no lugar de ser posta a serviço do direito, havia estado no lugar do direito, de forma a se dever considerar como a expressão do direito, e de equivaler não à ação moderna, mas sim à pretensão.<sup>300</sup>

Segundo Pugliese, "a fórmula de Windscheid de que a *actio* é o equivalente romano do que chamamos pretensão vem a significar mais

<sup>297</sup> Introdução de Giovanni Pugliese à obra de WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, XII-XIII.

<sup>298</sup> Para o presente estudo, foi utilizada a versão em espanhol WINDSCHEID, Bernhard. La "actio" del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 03, em que o autor assevera que "a *actio* do direito civil romano não é o que hoje em dia se entende por ação ou direito de acionar, mas sim uma expressão autônoma do direito ou, melhor ainda, da pretensão jurídica". Salienta Pugliese, à p. XXX da introdução à obra **Polemica sobre la "actio"**, que, para Windscheid, a pretensão (*Anspruch*) seria "o direito ao comportamento alheio", e não "o poder de perseguir em juízo".

<sup>299</sup> Introdução de Giovanni Pugliese à obra de WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, XIV.

<sup>300</sup> Introdução de Giovanni Pugliese à obra de WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, XV-XVI.

precisamente que a *actio* é o equivalente do que chamamos direito ou que reputamos elemento essencial e intrínseco do direito".<sup>301</sup>

Windscheid refere que a ação seria uma decorrência do Direito, que seria o gerador, enquanto a ação seria o gerado. No obstante, para ele, em Roma, haveria outra concepção, em que "a *actio* passava a ocupar o lugar do Direito. O ordenamento jurídico não diz ao indivíduo: tens tal ou tal direito, mas sim: tens tal e tal *actio*". O ordenamento jurídico não seria, pois, o ordenamento dos direitos, e sim, "o ordenamento das pretensões judicialmente perseguíveis. Confere direito ao autorizar a persecução judicial. A *actio* não é algo derivado, mas sim algo originário e autônomo".<sup>302</sup>

Em razão dos editos pretorianos e do *ius honorarium*, Windscheid afirmava que não seria exagero dizer que o magistrado romano estava "acima do direito", no sentido de que levava em conta, sim, o Direito, mas que não foram poucas as vezes em que os magistrados negaram pedidos que eram reconhecidos pelo *ius civile*, bem como, em outras tantas vezes, deferiram tutelas que não estavam respaldadas pelo *ius civile*.<sup>303</sup>

Para o romanista alemão, contudo, não se pode perder

o aspecto processual do conceito da *actio*. Se é certo que a expressão: "alguém tem uma *actio*" significa, traduzida para a linguagem da nossa concepção jurídica, que alguém tem uma pretensão, não é menos certo que *actio* serve primordialmente para designar, não a pretensão, mas sim o fato de fazer valer essa pretensão perante os tribunais. *Actio* é a persecução judicial, podendo-se concebê-la tanto pelo lado de sua existência efetiva, quanto pelo lado de sua realização potencial.<sup>304</sup>

Sob esse aspecto, Pugliese aponta incongruência na obra de Windscheid, que, às vezes, trata a *actio* como poder de perseguir em juízo, e, às vezes, a qualifica como o direito ao comportamento alheio. A *actio*, às vezes, é "a

<sup>301</sup> Introdução de Giovanni Pugliese à obra de WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, XXIX.

<sup>302</sup> WINDSCHEID, Bernhard. La "actio" del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 08. Para o romanista alemão, "a *actio* está no lugar do direito; não é uma emanção dele. Pode se ter uma *actio* sem se ter um direito, e, por sua vez, mesmo se tendo um direito, pode carecer-se da *actio*".

<sup>303</sup> WINDSCHEID, Bernhard. La "actio" del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 09.

<sup>304</sup> WINDSCHEID, Bernhard. La "actio" del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 13-14.



pretensão perseguível em juízo", e, às vezes, é "o poder de perseguir em juízo a pretensão".<sup>305</sup>

A despeito da maior contribuição de Windscheid, Pugliese ressalta que a obra de Muther, *Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsucession in Obligationen*, uma crítica ao livro de Windscheid sobre a *actio* romana, de 1857,<sup>306</sup> deve ser analisada não apenas na parte da crítica, mas também na parte construtiva, em que definia a *actio* como um "direito frente ao Estado à prestação da tutela jurídica" e que teve ampla repercussão.<sup>307</sup>

Consoante Pugliese, o modelo das concepções meramente processuais ou publicísticas da ação decorre da obra de Muther, não obstante, tenham sido favorecidas pela absorção do conteúdo substancial da *actio* na noção de pretensão de Windscheid.<sup>308</sup>

O romanista italiano marca que, para Muther, a *actio* não era um apêndice ou um complemento do Direito Subjetivo, também não era "o novo direito a um comportamento do adversário surgido da violação de um direito precedente", e tampouco era "o equivalente romano da pretensão no sentido de Windscheid, mas sim o direito ao livramento da fórmula, o direito à tutela judicial".<sup>309</sup>

Muther, criticando a tese de Windscheid, referia que a pretensão vinha antes da *actio*. Segundo ele, "o pretor não confere pois, mediante uma *actio*, uma pretensão, se não que a pretensão preexiste à *actio*". Conclui, portanto, que "a pretensão é o *prius*, a *actio* o *posterius*, a pretensão o gerador, a *actio* o gerado".<sup>310</sup>

<sup>305</sup> Introdução de Giovanni Pugliese à obra de WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, XXX.

<sup>306</sup> Com a versão espanhola, MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular en las obligaciones. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, utilizada no presente estudo.

<sup>307</sup> Introdução de Giovanni Pugliese à obra de WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, XIX.

<sup>308</sup> Introdução de Giovanni Pugliese à obra de WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, XIX.

<sup>309</sup> Introdução de Giovanni Pugliese à obra de WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, XXXIII.

<sup>310</sup> MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular en las obligaciones. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 223.

Para o romanista alemão, portanto, "temos dois direitos distintos, dos quais o *um* é pressuposto do outro, mas que pertencem a campos distintos, já que o *um* é um direito privado, e o outro de natureza pública".<sup>311</sup>

Percebe-se, por conseguinte, que, antes da obra de Oskar Bülow, foram relevantes os debates entre Windscheid e Muther, tendo Windscheid identificado a *actio* romana como *pretensão*, e não como era anteriormente concebida,<sup>312</sup> e tendo Muther evidenciado o caráter público da ação.

A partir da polêmica de Windscheid e Muther, ocorreu o despertar para o questionamento de institutos tradicionais, propiciando que se chegasse "até à plena consciência da *autonomia* não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais".<sup>313</sup>

Tal polêmica desenvolveu a "autonomia da relação jurídica processual, que se distingue da de Direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto". Destaca Dinamarco que a "idéia da relação jurídica processual e sua configuração tríplice" não teria sido *criada* por Oskar Bülow, tendo o jurista alemão o mérito de ter racionalizado e desenvolvido uma ideia que já brotava em outros juristas.<sup>314</sup>

Logo, costuma-se atribuir a Oskar Bülow, em sua obra *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*,<sup>315</sup> de 1868, o início da fase metodológica do *processualismo*, quando teria demonstrado a separação e

<sup>311</sup> MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular en las obligaciones. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, p. 241.

<sup>312</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo: civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 18.

<sup>313</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 18-19.

<sup>314</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 19. Para SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. "Ação" e ações na história do processo civil moderno. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 167, "talvez fôssemos mais precisos dizendo que a preocupação com o conceito da "ação" processual nasceu junto à formação do processo civil como uma ciência dotada de autonomia, a partir da preocupação de Bülow com o estudo da relação processual, poucos anos após a polêmica Windscheid-Muther".

<sup>315</sup> Com a tradução em português, utilizada no presente trabalho: BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**, 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005. Salienta GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 14-15, constatou-se que foi Bülow, com seu livro "A teoria das exceções dilatórias e os pressupostos processuais", de 1868, em que estabeleceu "a teoria de que o processo tem o caráter de uma relação jurídica pública existente entre o Estado e as partes", quem primeiro abriu caminho para a criação de uma ciência processual. Assim, "a partir de Bülow, e não antes, começa a formar-se uma ciência própria do Direito processual".

autonomia do processo por meio do estabelecimento de uma relação jurídica de Direito Processual, diferente da relação jurídica material.<sup>316</sup>

Contudo, como se percebe da própria obra de Bülow, o jurista alemão faz referência a alguns antecedentes, a demonstrar a já existência de uma discussão embrionária sobre o tema, o que se depreende, também, da polêmica entre Windscheid e Muther.

Nessa mesma esteira, Bülow refere-se a Bethmann-Hollweg, que teria percebido tratar-se o processo de uma relação científica, mas que teria abordado o tema em poucas linhas, sem uma fundamentação e um exame mais acurados do tema. Igualmente, o jurista alemão reporta-se a Bocking, que teria descrito “o Direito das ações como a disciplina que se separa do direito privado: o processo civil como aquilo que se abre ao direito público”.<sup>317</sup>

De qualquer sorte, foi Bülow quem teve o mérito de perceber a separação do processo do Direito Material, sistematizando e teorizando sobre a relação jurídica processual. O jurista alemão asseverou que a relação jurídica processual era distinta da relação jurídica material, pois pertencia “a uma relação jurídica pública”, frisando que “o processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo”.<sup>318</sup>

Nesse contexto, diante da “oportunidade epistemológica para haver autonomia do direito processual em relação ao direito material”, foi decisiva a obra

---

<sup>316</sup> Para CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11, o Direito Processual passou a ser um ramo autônomo a partir da obra de Oskar Bülow, de 1868, intitulada “Die Lehre von den Processeirenden und die Processvoraussetzungen (A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais)”, em que “se inicia o desenvolvimento da teoria do processo como relação jurídica”. Com a obra do jurista alemão, inicia-se a “fase científica do Direito Processual, assim denominada por ter sido uma fase em que predominaram os estudos voltados para a fixação dos conceitos essenciais que compõem a ciência processual, tais como os de ação, processo e coisa julgada”.

<sup>317</sup> BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**, 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 05-06.

<sup>318</sup> Segundo BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**, 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 06. Conforme ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19, foi Bülow quem primeiro “estabeleceu de forma sistemática os fundamentos da autonomia do direito processual, embora algumas observações de passagens anteriores da doutrina alemã”. Para o alemão, “a relação jurídico-processual não se confundiria com o direito material afirmado em juízo, com a relação jurídica de direito material posta no processo, uma vez que poderia existir esta sem aquela e vice-versa”. Para tanto, seria necessário o preenchimento dos pressupostos atinentes a cada um dos campos, tendo o jurista sistematizado os pressupostos processuais.

de Bülow,<sup>319</sup> nascendo o *processualismo* "com o conceito de relação jurídica processual, sendo esse o objeto da ciência processual".<sup>320</sup>

A partir da obra de Bülow e da autonomia do Direito Processual, "inicia-se outra fase metodológica, o *conceitualismo* ou *processualismo*, em que predomina a técnica e a construção dogmática das bases científicas dos institutos processuais", atentando-se para a "acentuação da separação entre direito material e processo e para a construção e aperfeiçoamento conceitual do processo. O processo definitivamente se separa do direito material".<sup>321</sup>

De acordo com a preleção de Daniel Mitidiero,

embora tenha se tornado célebre pela caracterização do processo como relação jurídica processual, tema que ocupa pouco mais de três páginas ao longo de toda obra, o trabalho de Bülow busca fundamentar a separação entre Direito material e processo a partir da existência de requisitos próprios de formação e desenvolvimento válido do processo (os chamados pressupostos processuais). Daí retira a máxima: pode existir o processo ainda que não exista o Direito material posto em juízo; pode existir o Direito material posto em juízo ainda que não exista o processo. Finca-se aí a independência do Direito processual com relação ao Direito material, que deixa de ser considerado seu simples apêndice.<sup>322</sup>

Criticava Bülow que o processo era visto como mero procedimento, "como pura série de atos do juiz e das partes", passando o jurista alemão a tratar do processo como uma relação jurídica, denominando e estabelecendo os chamados "pressupostos processuais". Assim, "com a idéia desenvolvida ganhou-se um ponto de vista muito proveitoso para o domínio científico do direito processual civil".<sup>323</sup>

A obra de Bülow, de 1868, constituiu o "ponto de partida da ciência processual contemporânea", além de "ter situado o centro de gravidade da nossa disciplina nos domínios do direito público", sendo utilizada pelos mais diversos

<sup>319</sup> SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 23.

<sup>320</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

<sup>321</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

<sup>322</sup> MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 109-110. Aduz Mitidiero que "Bülow dá o primeiro passo para a construção da ciência processual. Nesta etapa, sobra absolutamente clara a influência da pandectística alemã sobre o seu pensamento e sobre o seu método. Comparecem aos seus estudos tanto o intento de uma pureza conceitual quanto o recurso ao Direito romano clássico como instrumento de legitimação de sua doutrina".

<sup>323</sup> BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**, 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005, p. 07-09.

ramos do Direito Processual, inclusive por aqueles que negam integrar uma Teoria Geral do Processo.<sup>324</sup>

Depois de Bülow, merece destaque a obra de Adolf Wach "na formação do Processualismo na Alemanha".<sup>325</sup>

Na Itália, essa transição foi impulsionada por Giuseppe Chiovenda, que generalizou a abstração dos institutos processuais em sua obra, tendo a sua *Escola Sistemática* estabelecido os conceitos aptos a darem autonomia e dignidade científica ao Processo Civil.<sup>326</sup>

Com o processualismo, surge um verdadeiro Direito Processual, abandonando-se a ideia privatista de *procedura* e iniciando-se um *diritto processuale* de cunho publicista.<sup>327</sup>

Acentua Salvatore Satta que o termo *processo* veio da doutrina alemã, enquanto que *procedura* possui origem francesa.<sup>328</sup> Nesse sentido, utiliza-se *diritto processuale*, e não *procedura*, porque esse termo não demonstrava a importância do objeto de estudo, significando o mero desenvolvimento exterior do instituto.<sup>329</sup>

E a mudança, segundo Salvatore Satta, é justificada porque demonstra que se trata da formação de uma nova ciência, visto que o Direito Processual era a exigência de uma renovação da *procedura*, razão pela qual *processo* e *procedura* se apresentam como termos opostos, nos planos científico, histórico e legislativo.<sup>330</sup>

<sup>324</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 538.

<sup>325</sup> MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 112.

<sup>326</sup> Para MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42. Para MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 112, "se a formação inicial do Processualismo é alemã, não há dúvida de que o seu posterior desenvolvimento e difusão constituem obra da ciência jurídica italiana. Giuseppe Chiovenda é o elemento de ligação da cultura jurídica alemã com a italiana, encampando o programa científico alemão e levando-o à Itália".

<sup>327</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

<sup>328</sup> SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. **Enciclopedia del Diritto**, n. XII. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1100.

<sup>329</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**, t. I. Trad. José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1922.

<sup>330</sup> SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. **Enciclopedia del Diritto**, n. XII. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1101.

Satta realça que, para Chiovenda, o processo seria um renovado processo romano, decorrente dos pressupostos jurídicos, políticos e filosóficos, enquanto que a *procedura* era o processo comum (romano-canônico), em que prevaleciam as formas e o formalismo.<sup>331</sup>

A palavra processo demonstra a autônoma organização para a atuação do Direito Objetivo, estabelecendo-se uma relação jurídica autônoma em face da relação de Direito Material. Já a palavra *procedura* aparecia inadequada, pois remetia para uma dependência do processo ao Direito Material, "uma simples forma imposta a este direito (subjetivo) no seu se fazer valer, a irrelevância e a indiferença do aparato publicístico colocado à disposição do particular, em suma a negação de todos os postulados que o processo comporta".<sup>332</sup>

O que o *processualismo* buscou foi a independência do Direito Processual em relação ao Direito Material, fortalecendo-se seus conceitos e evidenciando-se sua autonomia.<sup>333</sup>

Aponta Botelho que, a partir do processualismo, a ação passou a ser vista como um Direito Autônomo em relação ao Direito Material, dirigindo-se contra o Estado, razão pela qual as normas processuais passaram a integrar o Direito Público. O polo metodológico, nessa segunda fase, passou a ser a ação.<sup>334</sup>

Salienta Buizaid que "o processo civil que, por largo tempo, foi havido como um apêndice do direito civil, liberta-se desse vínculo e adquire plena autonomia, elevando-se à categoria de ciência no quadro geral do direito".<sup>335</sup>

No processualismo, foram demarcadas "as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais".<sup>336</sup>

---

<sup>331</sup> SATTA, Salvatore. Diritto processuale civile. **Enciclopedia del Diritto**, n. XII. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1101.

<sup>332</sup> SATTA, Salvatore. Diritto processuale civile. **Enciclopedia del Diritto**, n. XII. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1101.

<sup>333</sup> JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**, 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 120.

<sup>334</sup> BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23.

<sup>335</sup> BUZAID, Alfredo. **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

<sup>336</sup> DIDIER JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 199.

Mais do que apenas formas, tratava-se do Direito Processual como um instituto, “um ente ou um negócio juridicamente organizado, mas que outra coisa não é que não o processo”.<sup>337</sup>

O processualismo conquistou a autonomia do Direito Processual, demonstrando que a relação jurídica processual era distinta da relação material, formando-se entre as partes e o Estado, e não apenas entre autor da ação e demandado.<sup>338</sup> A ação não se dirigia contra a outra parte, não tendo, como objeto, o bem litigioso, mas sim a prestação jurisdicional a ser entregue pelo Estado.<sup>339</sup>

A partir da *autonomia da ação e do processo*, foi repensado o Direito Processual, que surgiu como “ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método”.<sup>340</sup>

Conforme Daniel Mitidiero,

com seus estudos, a processualística propõe um esquema padrão para a tutela dos direitos apoiada única e exclusivamente em conceitos processuais, sem qualquer alusão ao Direito material. O Direito processual civil a partir daí pode ser compreendido e aplicado com alusão a conceitos puramente processuais. A purificação conceitual pretendida pela doutrina alemã do final do século XIX encontra aqui o seu ponto mais alto: separa-se o Direito e processo de tal modo que o Direito processual pode ser trabalhado com recurso apenas a conceitos simplesmente processuais: conhecimento, execução e cautela.<sup>341</sup>

A fase autonomista do processo se desenvolveu de tal maneira que se chegou às teorias abstratas da ação, constituindo “o mais elevado grau de proclamação de sua autonomia”.<sup>342</sup>

O processualismo nasce na Alemanha, mas ganha grande destaque na Itália, especialmente a partir da obra de Giuseppe Chiovenda e, a partir da escola italiana, vem para o Brasil.

<sup>337</sup> SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile. Enciclopedia del Diritto*, n. XII. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1101.

<sup>338</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo: civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

<sup>339</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo: civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

<sup>340</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 19.

<sup>341</sup> MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 113.

<sup>342</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 20.

O processualismo chega à América Latina e ao Brasil, em mais uma influência da cultura no Direito, tendo em vista que a Segunda Guerra Mundial fez com que grandes juristas viessem para a América Latina, desenvolvendo a ciência processual, podendo-se destacar Liebman, James Goldschmidt, Sentís Melendo e Alcalá-Zamora y Castillo. No Brasil, o ano de 1939 é marcante em razão do primeiro Código de Processo Civil, ficando, mais clara e sistematizada, a autonomia da ciência processual, o que, até então, não era percebido.<sup>343</sup>

Depois do Código de 1939, a doutrina processual brasileira demonstrou a superação do sincretismo e o ingresso do processualismo. Nesse sentido, Guilherme Botelho aponta as obras de Eliézer Rosa, Moacyr Amaral dos Santos, Alfredo Buzaid, José Frederico Marques, entre outros.<sup>344</sup>

De suma importância para o Direito Processual brasileiro foi a vinda de Enrico Tullio Liebman ao Brasil, em razão da Segunda Guerra Mundial, tendo sido o grande responsável pela Escola Processual de São Paulo.<sup>345</sup>

Destarte, pode-se dizer que o processualismo chegou ao Brasil "pela mão da Escola Italiana do Século XX, cujo mestre maior fora Giuseppe Chiovenda, trazido na bagagem de seu discípulo Enrico Tullio Liebman".<sup>346</sup>

Com o estabelecimento da relação jurídica processual e a autonomia do Direito Processual, passou-se a conceber o processo como mera técnica, desprovida de valores e apartada do Direito Material, separando-se os planos material e processual.<sup>347</sup>

O dogma da racionalidade científica orientava o Direito Processual, que estaria alheio ao Direito Material, de forma neutra e desassociado de valores. Nesse contexto, retirava-se do plano processual qualquer vinculação com o Direito

---

<sup>343</sup> BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23-24.

<sup>344</sup> BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 26.

<sup>345</sup> MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 114-115.

<sup>346</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25-26.

<sup>347</sup> SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 23.



Material, apartando-o de fatores axiológicos, relegando-se o processo à mera e pura técnica, infenso a valores.<sup>348</sup>

O processualismo trouxe todo um arcabouço teórico e de conceitos para o processo, chegando-se a um excesso na obra de Giuseppe Chiovenda, podendo-se falar em um verdadeiro *doutrinarismo*. Impõe-se salientar, contudo, que tal excesso se justificava diante da necessidade de evidenciar a autonomia científica do Direito Processual.<sup>349</sup>

No entanto, como um verdadeiro pêndulo, a negação do caráter meramente acessório e adjetivo do Direito Processual ao Direito Material fez com que aquele ramo acabasse ficando alheio a este e à realidade social, elaborando-se, cada vez mais, conceitos e teorias puras e apartando-se da realidade social e de suas verdadeiras finalidades.<sup>350</sup>

Nesse diapasão, Carlos Alberto refere que o processualismo incorria "no grave equívoco de ver o processo como a medida de todas as coisas, a forma prevalecendo sobre o fundo".<sup>351</sup>

Para Carlos Alberto, portanto, a postura metodológica do *processualismo* até se justificava, em razão da necessidade de se afirmar a autonomia do Direito Processual, mas a "exacerbação conceitual do *processualismo* acabou gerando consequências indesejáveis", tendo em vista o afastamento do Direito Material e o seu conseqüente desligamento da realidade social.<sup>352</sup>

A separação do Direito Processual em relação ao Direito Material comprometeu a finalidade do processo, de "servir à realização do direito material com justiça". A ciência processual, de origem pandectista,

<sup>348</sup> SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

<sup>349</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35-36. Assim, conforme SATTI, Salvatore. *Diritto processuale civile. Enciclopedia del Diritto*, n. XII. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1102, o crescimento da ciência processual gerou algumas incorreções, que foram sendo corrigidas, mas teve uma grandiosa relevância, não só para a doutrina processual, mas também para a doutrina de todo o Direito, renovando todo um modo de pesquisa e inserindo o processo em todas as grandes questões jurídicas.

<sup>350</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

<sup>351</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

<sup>352</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19-20.

nasce comprometida com a neutralidade axiológica inerente a esse momento da ciência jurídica alemã", pois "os processualistas alemães do final do século XIX imaginavam estar fundando uma ciência processual atemporal, infensa à história. Vale dizer: descomprometida com a cultura."<sup>353</sup>

Com a autonomia da ciência processual, a partir da obra de Bülow, houve uma separação total do Direito Processual em relação ao Direito Material, a fim de afirmar a sua autonomia, passando o processo

a ser concebido como técnica pura e impermeável aos movimentos axiológicos da sociedade. Independizando-se do direito material como ciência, o impulso inicial foi de quase rompimento, instituindo-se aí um processo de escopo autofágico, o processo pelo processo.<sup>354</sup>

O Direito Processual caminhou para a abstração, ensimesmando-se, o que é muito "perigoso para uma ciência como a processual, que perdendo o contato com a experiência na qual e da qual o processo vive, corre o mortal risco do isolamento".<sup>355</sup> O Direito Processual foi estudado apenas em uma perspectiva interna, de forma introspectiva.

Nesse contexto, abre-se espaço para a terceira fase metodológica do processo civil, em que se respeita toda a cientificidade e autonomia do Direito Processual, mas sem descuidar do fato de ser um "instrumento a serviço do direito material".<sup>356</sup>

Para Cândido Dinamarco, "fundada a ciência, definido seu objeto, estabelecidas as suas grandes premissas metodológicas e traçada a sua estrutura sistemática, chegou-se afinal a um ponto de *maturidade* mais do que satisfatório no direito processual". Chegou-se, pois, ao "*terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador de diversos institutos, princípios e soluções".<sup>357</sup>

<sup>353</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

<sup>354</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28.

<sup>355</sup> SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. **Enciclopedia del Diritto**, n. XII. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1105.

<sup>356</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

<sup>357</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 20-22.

Dinamarco evidencia que já eram mais do que satisfatórios os conceitos desenvolvidos pela ciência processual, que já estava suficientemente constituída como ciência e de forma autônoma do Direito Material. Precisava-se, portanto, ir além, buscando-se que o processo propiciasse "resultados práticos desejados".<sup>358</sup>

Percebeu-se o equívoco do total alheamento do Direito Processual em relação ao Direito Material e, já na primeira metade do século XX, começou a ser destacado o caráter instrumental da ciência processual, evidenciando-se o escopo do processo "sempre relacionado seja com a atuação do direito, seja com a realização da justiça, seja, ainda, com a justa composição da lide".<sup>359</sup>

### SEÇÃO III. Instrumentalismo

Após restar pacificada a autonomia científica do Direito Processual, com o estabelecimento dos conceitos centrais da disciplina, mesmo que com divergências doutrinárias sobre eles, passou-se à fase instrumentalista.<sup>360</sup>

Dinamarco, em seu prefácio à primeira edição da obra "A instrumentalidade do processo", de 1987, destacou que "é tempo de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado". Conforme salientava Dinamarco, já não bastava "aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida". Esse o panorama em foi desenvolvida sua tese doutoral, buscando colocar o "próprio sistema processual como objeto de exame a ser feito pelo *ângulo*

---

<sup>358</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22-23.

<sup>359</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28.

<sup>360</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11. Segundo JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**, 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 121, após a criação dos conceitos, evidenciando-se a autonomia e a cientificidade própria do Direito Processual, não poderia este "se conformar em ser mera técnica, baseado unicamente em formas ou fórmulas, como outrora havia sido o direito romano".

*externo*, ou seja, a partir da prévia fixação dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais ele há de estar permanentemente comprometido".<sup>361</sup>

Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, "é indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado".<sup>362</sup>

Continuam os autores referindo que a fase instrumentalista foi uma fase crítica, tendo em vista que o desenvolvimento de conceitos e da própria ciência processual não foi o suficiente para "produzir justiça entre os membros da sociedade", razão pela qual era necessário olhar o "processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos". Percebe-se, assim, que seria necessário "levar em conta o modo como seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária".<sup>363</sup>

Esse o contexto, em que, percebendo-se o risco do isolamento, começou, ainda na primeira metade do século XX, a se desenvolver o caráter instrumental do processo, "a partir da identificação de diversas finalidades, inegavelmente vinculadas ao direito material".<sup>364</sup>

Não é recente a opinião segundo a qual o Direito Processual tem caráter instrumental, servindo como instrumento para a aplicação do Direito Material. Nesse aspecto, podem-se mencionar, a título de exemplo, as obras de Piero Calamandrei,<sup>365</sup> Francesco Carnelutti e Mauro Cappelletti, sendo que este já demonstrava que a instrumentalidade era a primeira e principal porta pela qual as ideologias ingressavam no processo.<sup>366</sup> Para Liebman, o Direito Processual deve

<sup>361</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1987. Para o autor, à p. 24 da 15. ed., "é a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual".

<sup>362</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 64.

<sup>363</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 62. Conforme PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo: civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19, o processo vale pelos resultados que pode produzir, servindo como "instrumento de resolução dos conflitos e incertezas".

<sup>364</sup> SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

<sup>365</sup> CALAMANDREI, Piero. **Istituzioni di diritto processuale civile**: secondo il nuovo código, 2. ed. Padova: CEDAM, 1943, p. 176-177.

<sup>366</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 05-06. Salienta NUNES, Dierle. Uma breve provocação aos processualistas: o processualismo constitucional democrático. In ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 218, que Franz

atentar para suas ligações com o Direito Material, sob pena de ser reduzido "a um pouco interessante computar de formalidades e prazos".<sup>367</sup>

Piero Calamandrei demonstrava o caráter instrumental do processo, não sendo o direito processual um fim em si mesmo, mas servindo como "meio para fazer observar o direito substancial".<sup>368</sup>

No Brasil, igualmente, já no final da década de 70 e nas décadas de 80 e 90, passa a se dar destaque para a *efetividade* e a *instrumentalidade*,<sup>369</sup> tendo em vista a necessidade de aproximação do Direito Processual com o Direito Material, excessivamente afastado pelo doutrinário, merecendo relevo o magistério de Cândido Rangel Dinamarco.

Salienta Daniel Mitidiero que "a superação, em larga escala, da perspectiva puramente técnica do direito processual civil" é mérito de Cândido Dinamarco, tendo como marco a sua obra "A instrumentalidade do processo", cuja primeira edição é de 1987. Contudo, "a preocupação com a instrumentalidade do processo pode ser sentida, muito antes da aludida obra de Dinamarco, em ensaios seminiais de Galeno Lacerda".<sup>370</sup>

Para Guilherme Amaral, Cândido Dinamarco "teve o mérito de desenvolver a idéia da instrumentalidade, relacionando-a não apenas com o escopo jurídico do processo, mas também com seus escopos social e político".<sup>371</sup>

Conforme Scarparo, Cândido Dinamarco "amplia a permeabilidade do processo a valores externos, reconhecendo-se a necessidade de comprometimento axiológico das instituições processuais", superando-se a "perspectiva puramente

Klein, em conferência proferida em 09.11.1901, já "defendia o papel instrumental do processo, além de ter sido o primeiro a pontuar o enorme significado (e função) social, político e econômico do mesmo; algo divulgado com ares de novidade no final do século XX, por inúmeros pensadores".

<sup>367</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, v. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 35-36. Para Liebman, o caráter instrumental fica claro, tendo em vista os interesses do Direito Processual de "proteção dos direitos ou interesses subjetivos substanciais".

<sup>368</sup> CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**, t. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 367.

<sup>369</sup> BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 31.

<sup>370</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37. Continua Daniel Mitidiero, expressando que "o papel de destaque que se dá a Dinamarco nesse campo deve-se, no entanto, ao fato de, a partir dele, a ideia de "instrumentalidade" ter ganhado foros de ideia-síntese de Escola". De qualquer sorte, percebe-se em LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. **Revista da Ajuris**, n. 28, 1983, p. 8, a insistência em afirmar que "o processo, sem o direito material, não é nada. O instrumento, desarticulado do fim, não tem sentido".

<sup>371</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

técnica do Direito Processual Civil", identificando os escopos sociais, políticos e jurídicos e permitindo uma aproximação entre o processo e a Constituição.<sup>372</sup>

Sublinhava Cândido Dinamarco a necessidade de "abertura do sistema processual aos influxos do pensamento publicista e solidarista vindo da política e da sociologia do direito". Pela "instrumentalidade, o processo há de receber as lições que durante séculos negou-se a ouvir e sentir as críticas que jamais soube racionalizar". Sua proposta apresentava o "núcleo comum da instrumentalidade do processo ao direito e do sistema jurídico aos valores sociais e políticos da nação", relacionando, como escopos do processo, a capacidade de "propiciar a pacificação social, educar para o exercício e respeito aos direitos, garantir as liberdades e servir de canal para a participação democrática".<sup>373</sup>

Acentua Câmara que a fase instrumentalista é caracterizada pelo esforço dos processualistas na busca de um melhor "exercício da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais possível, do que possa ser chamado de justiça". O processo "passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos".<sup>374</sup>

O grande mérito do instrumentalismo foi a reaproximação do Direito Processual ao Direito Material e aos valores constitucionais, pondo-se fim à suposta neutralidade do Direito Processual.<sup>375</sup>

Nessa visão, Fredie Didier realça que o processo deve ser compreendido e estudado levando em consideração

a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de *instrumentalismo*, cuja principal virtude é a de estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material.<sup>376</sup>

---

<sup>372</sup> SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

<sup>373</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1987, prefácio.

<sup>374</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11-12.

<sup>375</sup> BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

<sup>376</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v. 1, 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 22.

Conforme Fredie Didier, estabelece-se uma relação circular entre Direito Material e processo, em uma "relação de complementaridade", podendo-se falar em *instrumentalismo*, que reconhece as "diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material", mas "estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido".<sup>377</sup>

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, a instrumentalidade do processo "é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas, dos grupos e do Estado", acentuando-se a "necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos". Trata-se de atentar para a "necessária efetividade do processo", devendo-se ter "um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à *ordem jurídica justa*".<sup>378</sup>

O instrumentalismo demonstra que o Direito Processual, muito embora possua evidente autonomia e cientificidade própria, deve ser compreendido como "instrumento de realização do direito material", constituindo-se em "ciência com função diversa do direito material, mas com ele relacionado através da jurisdição exatamente para concretizá-lo".<sup>379</sup>

Com o instrumentalismo, supera-se a dicotomia Direito Material e Direito Processual e passa-se a ver uma relação maior entre o Direito Processual Civil e a Constituição, passando a jurisdição a ser o novo polo metodológico do Direito Processual Civil.<sup>380</sup>

De acordo com o que salienta Mitidiero, com a jurisdição passando a figurar como polo metodológico da teoria processual, deixa de se colocar a ação

---

<sup>377</sup> DIDIER JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 199. Sobre a relação circular, salienta CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 39, que, sem o processo, "o direito não poderia alcançar os seus fins; mas tampouco os poderia alcançar o processo sem o direito. A relação entre os dois termos é circular".

<sup>378</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 60.

<sup>379</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo**: civil e constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

<sup>380</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

como o elemento central, visto que se restringiria ao processo civil e não levaria a Teoria Geral do Processo em consideração.<sup>381</sup>

Em sua perspectiva instrumentalista, destacam-se os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo, deixando-se de olhar apenas para o seu âmbito interno.<sup>382</sup>

No que tange aos escopos do processo, pode-se salientar o escopo social, que se preocupa com a paz social e com a educação do povo, o escopo político, que trata do processo como “espaço para afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para a participação dos atores sociais”, e o escopo jurídico, em que “ao processo confia-se a missão de concretizar a “vontade concreta do direito””.<sup>383</sup>

Como asseveram Elaine Macedo e Fernanda Macedo, o instrumentalismo consiste na

fase em que o processualista investe esforços para desenvolver meios de aperfeiçoar o exercício da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, já que objetiva aproximar a tutela jurisdicional do valor justiça. O processo é instrumento que serve ao fim - essencialmente estatal - de alcançar os escopos sociais, jurídicos e políticos, na distribuição dos bens e na composição dos conflitos.<sup>384</sup>

Carlos Alberto salienta que, com o *instrumentalismo*, “o processo passa a ser visto como instrumento de realização do direito material”, sendo que a jurisdição passa “a ocupar o papel central na teoria do processo”, e o “único valor destacado pelos processualistas [...] é o da efetividade”. Contudo, assevera o autor, que o Direito Constitucional “não é colocado em lugar de destaque e geralmente é compreendido tão somente na ótica das garantias [...] como salvaguarda do cidadão contra o arbítrio estatal”.<sup>385</sup>

<sup>381</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39-40.

<sup>382</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

<sup>383</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 38.

<sup>384</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. **Revista de Processo**, v. 204, 2012, p. 357-358.

<sup>385</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20-21.



Cada vez mais, reconhece-se um Direito Processual Constitucional, em que se enfatizam os valores existentes em nossa Constituição, especialmente o valor justiça.<sup>386</sup>

O processo precisa estar em conformidade com os princípios constitucionais, devendo "refletir as bases do regime democrático",<sup>387</sup> dando-se relevo ao princípio do contraditório.

É, com base nesse *instrumentalismo substancial*,<sup>388</sup> em que tal fase metodológica permitiria contemplar os influxos dos direitos fundamentais no processo, tendo em vista os seus escopos sociais, políticos e jurídicos, que Cintra, Grinover e Dinamarco expressam que "a terceira fase está longe de exaurir seu potencial reformista".<sup>389</sup>

Contudo, muitas são as opiniões doutrinárias que apontam para a superação dessa terceira fase metodológica do processo. Para Daniel Mitidiero,

o que se pode hoje, todavia, colocar em xeque é a maneira como se articulam as soluções dos problemas atinentes às relações entre o direito material e o direito processual, entre o processo civil e a Constituição, e a colocação da jurisdição no centro da teoria do direito processual civil.<sup>390</sup>

O cerne das críticas está no fato de que, hodiernamente, não basta a simples observância do processo legal, impondo-se o respeito "às exigências do

<sup>386</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 26-27

<sup>387</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27. Para o autor, à p. 66, o processo deve ser visto "como instrumento a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial".

<sup>388</sup> Conforme WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005, p. 22-23, "partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica", não se negando a importância que teve a fase anterior, mas se buscando a total aderência do processo "à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos". Essa, para o autor, seria "a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal".

<sup>389</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 63.

<sup>390</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41. Nesse sentido, critica ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-22, o fato de o instrumentalismo colocar, como polo metodológico do Direito Processual, a jurisdição, ignorando a "dimensão essencialmente participativa que a democracia conquistou no direito contemporâneo".

devido processo constitucional". Trata-se de cristalina evolução das relações entre o Direito Processual e o Direito Constitucional.<sup>391</sup>

Ademais, a jurisdição não pode mais estar no centro da teoria do processo, tendo em vista a participação e a democracia do Direito Constitucional moderno. A jurisdição não deixa de ter um papel relevante, mas "o formalismo processual ideal encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do autor, do juiz e do réu".<sup>392</sup>

A bem da verdade, a jurisdição, como polo central da Teoria Geral do Processo, excluiria, por exemplo, o processo administrativo, tendo em vista não se tratar de atividade jurisdicional.

Guilherme Amaral salienta que, embora o instrumentalismo tente romper com a ideia de que o processo seja mera técnica, isso acaba não ocorrendo, porque os valores a ponderar não estariam encartados na ciência processual, mas sim no meio social, dependendo de sua apreensão pelo intérprete. A ciência, nesse contexto, permaneceria neutra, dependendo de que o operador realizasse as escolhas valorativas.<sup>393</sup>

Destarte, ao intérprete caberia a aplicação da carga axiológica, mantendo-se a ideia de neutralidade do processo, servindo como pura técnica alheia aos valores existentes. Contudo, é sabido que o processo não é apenas uma técnica, sendo "um direito fundamental, inserido em um meio cultural e em determinada realidade histórica", estando impregnado de valores. Deve-se atentar ao fato de que os valores são ínsitos ao próprio processo, não lhe sendo externos, inserindo-se, no próprio Direito Processual, "modos de pensar próprios do direito constitucional".<sup>394</sup>

Nesse diapasão, Guilherme Amaral frisa que o próprio sistema é constituído "de valores relevantes, que por sua vez não demandam a sua apreensão pelo juiz junto ao meio social em que vive, mas sim o reconhecimento

---

<sup>391</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

<sup>392</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48.

<sup>393</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 33. Conforme assevera o autor, à p. 34, "o instrumentalismo não reconhece nas formas, ou no formalismo, a presença de quaisquer valores", sendo o intérprete o "encarregado de apreender tais valores".

<sup>394</sup> SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 26-27.

de sua existência e de sua presença nas formas processuais predispostas em lei".<sup>395</sup>

Carlos Alberto assevera que "as relações entre processo e Constituição não se colocam apenas no plano das garantias constitucionais do processo", devendo o processo ser pensado a partir "da metodologia própria do direito constitucional contemporâneo - deve ser pensado na perspectiva dos direitos fundamentais".<sup>396</sup>

Por todo o exposto, Scarparo salienta que, em que pese a reaproximação com o Direito Material ter feito reaparecer a noção de *justiça* no Direito Processual, o processo foi caracterizado "como isento de valores, fazendo das normas processuais entes meramente técnicos e simples instrumentos para a busca e a concreção de valores a ela sempre alheios e derivados do direito material".<sup>397</sup>

Esse é o cenário em que significativa parte da doutrina processualista considera superada a fase metodológica do instrumentalismo, ingressando-se em um quarto momento evolutivo da ciência processual.

#### **SEÇÃO IV. Quarta fase metodológica?**

Na atual quadra do Direito Processual, questiona-se a superação ou não do *instrumentalismo*, havendo clara divergência doutrinária acerca de se estar ainda na terceira fase metodológica do Direito Processual ou se ter iniciado uma quarta fase.

A Escola Paulista afirma viver-se ainda a época do *instrumentalismo*, que estaria longe de ser superado, mormente diante da possibilidade de se

---

<sup>395</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

<sup>396</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

<sup>397</sup> SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25,

estabelecer a relação entre o Direito Processual e o Direito Constitucional por meio dos escopos do processo estabelecidos por essa fase metodológica.<sup>398</sup>

No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara entende que a evolução científica do Direito Processual limita-se a três fases muito nítidas, que seriam, para o autor, a imanentista, a científica e a instrumentalista.<sup>399</sup>

Sérgio Porto e Guilherme Porto ressaltam a existência de “ideia sobre o florescer de uma nova fase metodológica do processo”, denominando-a de *instrumentalidade constitucional*, “em que são atribuídos ao processo - em si e por si - valores constitucionais”.<sup>400</sup> Porém, os autores entendem não se tratar propriamente de uma “fase autônoma do desenvolvimento do processo, mas releitura da atual instrumentalidade”.<sup>401</sup>

Assim, reconhecer-se-ia o escopo do processo, centrado “no ideal de justiça, através do domínio de valores constitucionais”, não sendo o processo “mero instrumento de realização do direito material”, mas sim “método de realizar justiça material, sob o enfoque constitucional”, merecendo destaque os “valores da justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança”. No entanto, Sérgio Porto e Guilherme Porto entendem tratar-se de “uma nova compreensão da própria instrumentalidade”, que seria uma “instrumentalidade com escopo constitucional, portanto uma verdadeira instrumentalidade constitucional”.<sup>402</sup>

O certo é que, conforme Barroso, se vive uma segunda fase de constitucionalização do Direito, em que se reconhece a força normativa da

---

<sup>398</sup> Nesse sentido, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, e DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. Também para JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**, 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 123, “ao abrir sua conceituação para os escopos do processo, facilmente qualquer fase nova a ser criada poderá se enquadrar num dos escopos da fase instrumentalista - (i) social, (ii) político, (iii) jurídico - estando aí a grande inteligência da fase, pois nenhuma outra será tão cedo admitida por esta escola, ficando eternamente jovem com a releitura de seus institutos pela evolução, quer seja ela social, jurídica ou política”.

<sup>399</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, 16. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 8.

<sup>400</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo: civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20.

<sup>401</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo: civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 21.

<sup>402</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo: civil e constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20-21.

Constituição, expande-se a jurisdição constitucional e desenvolve-se a teoria dos princípios, sendo essa fase conhecida como *neoconstitucionalismo*.<sup>403</sup>

Não se pode olvidar que, a partir da segunda metade do século XX, houve uma relevante mudança na metodologia jurídica, podendo-se destacar a força normativa da Constituição, passando-se a um Estado Constitucional, à teoria dos princípios, à "transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional", e à "expansão e consagração dos direitos fundamentais".<sup>404</sup>

A conjunção de todos esses fatores dá relevo à fase atual do pensamento jurídico, à qual se deu o nome de neoconstitucionalismo.<sup>405</sup>

Salienta Botelho que esse chamado pós-positivismo ou *neoconstitucionalismo*, segunda fase da constitucionalização do Direito, chega, ao Brasil, com a Constituição de 1988, tratando-se do modo de pensar do Estado Constitucional, não podendo o processo a ele ficar alheio.<sup>406</sup>

No Estado Constitucional, é que se tem a supremacia da Constituição, a vocação para a jurisdição e "uma teoria dos princípios que revoluciona o pensamento constitucional, dando à hermenêutica jurídica o papel de protagonista que sempre mereceu, que deve ser examinado o direito processual civil".<sup>407</sup>

Com o instrumentalismo, houve a reaproximação do Direito Processual com o Direito Material, devendo as técnicas processuais se adequarem ao Direito Material, a fim de que se obtenha uma efetiva prestação jurisdicional.

---

<sup>403</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Interesse Público**, n. 33, 2005, p. 13-54.

<sup>404</sup> DIDIER JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessoalismo. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 195-197.

<sup>405</sup> DIDIER JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessoalismo. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 198.

<sup>406</sup> BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33-39.

<sup>407</sup> BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45-46. Importante esclarecer, conforme faz o autor, à p. 37, que, por Estado Constitucional, não se quer dizer simplesmente um Estado com uma Constituição. Como assevera CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**: e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 97-100, o Estado Constitucional não se limita a um Estado de Direito, necessitando se estruturar como um *Estado Democrático de Direito*, ou seja, "como uma ordem de domínio legitimada pelo povo", com a legitimação democrática do poder. Assim, necessário distinguir a "legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico, da *legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político*".

Com a nova ordem constitucional, tem-se uma aproximação do Direito Processual com os valores fundamentais.<sup>408</sup>

Realça Daniel Mitidiero que o polo metodológico, no processualismo, era a ação, enquanto que, no instrumentalismo, era a jurisdição. Para o autor, na atual quadra do Direito Processual, o polo metodológico do Direito Processual é o processo.<sup>409</sup>

Conforme Fazzalari, tende-se a difundir o fenômeno da participação dos interessados no iter de formação do provimento, tornando-se transparente a atividade do órgão julgador, sendo o processo um instrumento da vida democrática. Aliás, está, no contraditório e na participação democrática, a transição do procedimento para o processo.<sup>410</sup>

Percebe-se, por conseguinte, que o processo é o novo elemento central do Direito Processual contemporâneo, sendo que a "qualidade do processo como espaço democrático é a grande impulsionadora dessa nova mentalidade".<sup>411</sup>

Aliás, nesse contexto, é que se insere o novo Código de Processo Civil, ao trazer, em uma parte geral, direitos fundamentais de natureza processual, podendo-se destacar o contraditório, a colaboração, a duração razoável e a boa-fé, deixando, ainda mais cristalina, a nova fase metodológica em que o Direito Processual se encontra e que tem, no processo, o seu polo metodológico.

Utiliza-se o processo, inclusive, fora do âmbito jurisdicional, o que não é privado de significado. Emprega-se o modelo processual, com a participação dos

---

<sup>408</sup> BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 53. Para Botelho, p. 49-51, os valores constitucionais evidenciam a relação entre direito e justiça, sendo que, "no processo, a justiça do caso concreto passa a ser, por decorrência, a função precípua da jurisdição, adequando-se, assim, ao que dele se espera no Estado Constitucional". Refere o autor que o Estado Constitucional faz com que os princípios constitucionais processuais sejam direitos fundamentais processuais.

<sup>409</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35-53. Coloca FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall'azione AL "processo" (1864-1994). **Rivista di Diritto Processuale**, v. 49, n. 4, 1994, p. 911-925, o processo como polo metodológico do direito processual contemporâneo.

<sup>410</sup> FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). **Enciclopedia del Diritto**, n. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 820.

<sup>411</sup> BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51. Salaria o autor, à p. 55: "Pode-se afirmar que um quarto e contemporâneo método de pensamento se forma com o processo em seu epicentro, constituindo-se este em um espaço democrático para o debate jurisdicional que visa ao alcance da justiça para o caso concreto".

interessados, em contraditório, no iter de formação do ato final, quando a atividade desenvolvida deva levar em consideração interesses contrapostos.<sup>412</sup>

Dessa maneira, conforme evidencia Fazzalari, a nossa era assiste à difusão do processo em todos os setores do ordenamento, o que se fará sentir ainda mais no futuro.<sup>413</sup>

Nessa dimensão, é que Guilherme Amaral entende superada a terceira fase metodológica, tendo em vista que

o instrumentalismo não reconhece nas formas, ou no formalismo, a presença de qualquer valor. Ele prega um método de pensamento por meio do qual o intérprete é encarregado de apreender tais valores (e, para tanto, suas fontes são ilimitadas, partindo da Constituição Federal, mas estendendo-se para o próprio campo social em que vive) e com isso pacificar, com a maior efetividade possível, o conflito que lhe é apresentado. Sua tarefa é 'pacificar segundo critérios de justiça', mas tais critérios não estão definidos nas formas processuais, e sim no seu raciocínio particular.<sup>414</sup>

Para Fredie Didier, o mais adequado seria "considerar a fase atual como uma quarta fase da evolução do Direito Processual. Não obstante mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, a ciência teve de avançar, e avançou".<sup>415</sup>

## § 1º. Formalismo-valorativo

A despeito de respeitáveis entendimentos em contrário, pode-se considerar superada a fase metodológica do instrumentalismo, mormente pela mudança do polo metodológico do Direito Processual, que migra da jurisdição para o processo, bem como em razão da necessidade de melhor se estabelecer as

<sup>412</sup> FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). **Enciclopedia del Diritto**, n. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 832.

<sup>413</sup> FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). **Enciclopedia del Diritto**, n. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 833. Para o autor, à p. 832, o emprego do processo se dá mesmo fora do ordenamento estatal, destacando-se os partidos, sindicatos e associações esportivas.

<sup>414</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 34.

<sup>415</sup> DIDIER JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 200.

relações entre o Direito Processual e os direitos fundamentais, dando-se ênfase ao que se pode chamar de Direito Processual Constitucional.

Contudo, a divergência doutrinária não se estabeleceu apenas em relação à superação ou não da terceira fase metodológica, havendo dissonância acerca da melhor denominação para essa nova fase.<sup>416</sup>

A bem da verdade, sendo o processo o polo metodológico da nova fase do Direito Processual, impõe-se destacar o direito ao processo justo, que "constitui antes de tudo processo substancializado em sua estrutura mínima pela existência de direitos fundamentais".<sup>417</sup>

E é, em decorrência dos valores constitucionais, como a participação, a cooperação, enfim, pela presença dos direitos fundamentais no formalismo do processo, no processo justo, que expressiva doutrina, especialmente gaúcha, adota a denominação *formalismo-valorativo* para essa quarta fase metodológica do Direito Processual.

Para Daniel Mitidiero,

o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural.<sup>418</sup>

Ressalta o autor que o formalismo-valorativo, "verdadeiro método de pensamento", emerge da obra "Do formalismo no processo civil", de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tendo sido o termo cunhado pelo próprio jurista, "no ano de 2004, em seminários realizados no âmbito do programa de pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul".<sup>419</sup>

<sup>416</sup> O presente estudo limitar-se-á ao *formalismo-valorativo* e ao *neoprocessualismo*. Não se desconhece, no entanto, a proposta de um *neoinstitucionalismo* de LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, e de um *processualismo constitucional democrático*, de NUNES, Dierle. Uma breve provocação aos processualistas: o processualismo constitucional democrático. In ZUFELATO, Camilo, YARSHELL, Flávio Luiz (org). **40 anos de teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 218-237.

<sup>417</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

<sup>418</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50-51.

<sup>419</sup> MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 20. No mesmo sentido, ZANETI JÚNIOR, Hermes.



Além de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero,<sup>420</sup> adotam a denominação *formalismo-valorativo*, dentre outros, Guilherme Rizzo Amaral,<sup>421</sup> Hermes Zaneti Júnior,<sup>422</sup> Antônio do Passo Cabral,<sup>423</sup> Sérgio Wetzel de Mattos,<sup>424</sup> Daisson Flach,<sup>425</sup> Fernando Rubin<sup>426</sup> e Eduardo Scarparo.<sup>427</sup>

É necessário valorizar-se o "*modelo cooperativo de processo civil e o valor participação*, inerente à nossa democracia constitucional". Para Carlos Alberto, deve-se, pois, pensar "o processo civil a partir de uma nova fase metodológica - o formalismo-valorativo", melhor estabelecendo as relações entre processo e Constituição, bem como colocando "o processo no centro da teoria do processo". Nesse sentido, realça que "o formalismo do processo é formado a partir de valores - *justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança*", sendo, a partir dessa base axiológica, que "ressaem *princípios, regras e postulados* para a sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação". Com o formalismo-valorativo, o processo é visto como fenômeno cultural, muito além da mera técnica, sendo que "o fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso".<sup>428</sup>

Por meio do formalismo-valorativo, resta evidenciado o imbricamento entre processo, Constituição e cultura.<sup>429</sup>

Nesse contexto, é que se percebe que se devem associar, no processo, formalismo e valores, estando-se diante do *formalismo-valorativo*. Assim,

**Processo constitucional:** o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 44.

<sup>420</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>421</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução de sentença:** sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>422</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional:** o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 44.

<sup>423</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**, 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2010, p. 175.

<sup>424</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 131.

<sup>425</sup> FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil:** e sua aplicação prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

<sup>426</sup> RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 266.

<sup>427</sup> SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>428</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 22.

<sup>429</sup> MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21.

para Scarparo, a essência do *formalismo-valorativo* é o "modo de perceber as estruturas do direito processual mediante uma forte aproximação entre o processo e a Constituição".<sup>430</sup>

Para Hermes Zaneti, com o formalismo-valorativo, evidencia-se o "processo como direito fundamental", podendo-se ver "*na forma sua capacidade emancipatória e sua vinculação aos valores constitucionais como garantia da liberdade*".<sup>431</sup>

Seguindo a mesma vereda, Daniel Mitidiero ressalta ser o processo informado pelo formalismo-valorativo, porque "encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente os valores encartados em nossa Constituição", salientando-se que "o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade".<sup>432</sup>

Acentua Daniel Mitidiero que o formalismo-valorativo é o

movimento cultural destinado a concretizar valores constitucionais no tecido processual (no formalismo ou na forma em sentido amplo, no exato sentido que dá à expressão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira) à força do caráter nitidamente instrumental do processo.<sup>433</sup>

Destaca Guilherme Amaral que

a grande contribuição da idéia de formalismo-valorativo vem do reconhecimento expresso dos valores a ponderar (efetividade e segurança) e do seu permanente conflito, assim como na afirmação do processo como fenômeno cultural. O processo deixa de ser mero instrumento ou técnica, passando a exibir também um conteúdo axiológico que nenhum intérprete pode negar ou deixar de considerar na aplicação das normas processuais ao caso concreto. Fundamentalmente, reconhece-se no formalismo-valorativo a presença dos valores a serem concretizados, enquanto na visão instrumentalista tais valores encontram-se somente no campo social, para serem apreendidos pelo intérprete, que usa o processo apenas como instrumento de concretização.<sup>434</sup>

<sup>430</sup> SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27-29.

<sup>431</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 44-45.

<sup>432</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.

<sup>433</sup> MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19. Para o autor, p. 20, no formalismo-valorativo, "os valores constitucionais impregnam a técnica do processo".

<sup>434</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 46. Segundo Amaral, p. 26, "é, hoje, a realização de justiça, e não a mera eliminação de litígios ou a pacificação social, que se erige à condição de finalidade precípua do processo".

Muito embora a expressão *formalismo-valorativo* busque demonstrar as relações entre o Direito Processual e os direitos fundamentais, tendo o processo, encartados, em seu formalismo, os valores constitucionais, surgem algumas manifestações doutrinárias críticas à denominação, especialmente em razão do caráter pejorativo que, muitas vezes, se atribui ao termo *formalismo*.<sup>435</sup>

Assim, Eduardo Cambi critica a denominação *formalismo-valorativo*, tendo em vista que "o *formalismo*, em si mesmo, já é uma *deformação*", mesmo que reconheça o acerto da percepção epistemológica, a justificar essa nova fase metodológica, e ressalte que, "mais importante que o nome atribuído, é o método criado para romper a aplicação formalista do direito processual".<sup>436</sup>

Contudo, Carlos Alberto deixa bem claro que não se deve confundir formalismo com a forma em sentido estrito, com as formalidades. Muito menos, com as formalidades excessivas e perniciosas, especialmente as formalidades ocas e vazias. Por formalismo, deve-se entender a forma em sentido amplo,

a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes*, *faculdades* e *deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.<sup>437</sup>

Sem dúvida, o formalismo não apenas ordena, mas também disciplina "o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado".<sup>438</sup> Sob

<sup>435</sup> Sobre o formalismo, recomenda-se a leitura de SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, 1988, p. 509-548. No artigo, Schauer refere que deve ser repensada essa aversão pelo termo *formalismo*, mas demonstra que há nítidas conotações pejorativas ao termo, muitas vezes, utilizadas para tachar uma decisão da qual se discorda. Segundo ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 32, São Paulo, 2014, p. 178, "o termo "formalismo" costuma ser empregado pela doutrina para exprimir um conceito restrito de conhecimento, de interpretação e de metodologia".

<sup>436</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116. O termo formalismo, muitas vezes, é entendido pejorativa e depreciativamente como o "fetichismo da forma", o formalismo excessivo, que não é o sentido atribuído por Carlos Alberto.

<sup>437</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28. De acordo com o pensamento de Carlos Alberto, o formalismo ou forma em sentido amplo tem a "tarefa de indicar fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento", contendo "a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento".

<sup>438</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**, 4. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

tal aspecto, o formalismo é indispensável contra o arbítrio e busca eliminar incertezas e ordenar o processo. Mas não basta o reconhecimento desses valores, devendo-se reconhecer "no formalismo a presença de valores aptos a justificá-lo intrinsecamente".<sup>439</sup>

Trata-se de verdadeira garantia contra o arbítrio estatal, enfatizando Guilherme Amaral que não se pode entender, por formalismo, o "apego exacerbado às formalidades processuais".<sup>440</sup>

Também Daniel Mitidiero salienta que a utilização da palavra formalismo não foi no sentido de "supervalorização da forma em sentido estrito", buscando, com a expressão formalismo-valorativo, tratar do

conceito que visa a abarcar a totalidade das posições jurídicas processuais objetivando o seu equilíbrio e, daí, sua ótima ordenação. A alusão ao "valorativo" tem por desiderato realçar que toda a normatividade só se justifica no Estado Constitucional se ancorada nos valores encarnados na Constituição. À expressão cumpre o papel de deixar absolutamente claro que o processo justo só pode ser concebido mediante a normatização e posterior concordância prática entre os valores igualdade, participação, efetividade e segurança, visando ao alcance do valor justiça.<sup>441</sup>

De qualquer sorte, o vocábulo *formalismo* acaba remetendo a uma ideia pejorativa e depreciativa de exacerbação das formas, de fetichismo das formas, o que traz uma pré-concepção prejudicial à denominação dada à quarta fase por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. E é incontestável que, quando um termo precisa, exaustivamente, ser explicado, maiores dificuldades emergem para a sua adoção.

## § 2º. Neoprocessualismo

Fredie Didier apresenta algumas das principais características do pensamento jurídico contemporâneo, fase à qual se deu o nome de

---

<sup>439</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 38-39.

<sup>440</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 37.

<sup>441</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

*neoconstitucionalismo*, destacando o reconhecimento da força normativa da Constituição - passando-se de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional -, o desenvolvimento da *teoria dos princípios*, a "transformação da hermenêutica jurídica - com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional" -, e a "expansão e a consagração dos direitos fundamentais", impondo ao Direito um conteúdo ético mínimo.<sup>442</sup>

Nesse contexto, o processualista baiano considera mais adequado ver o Direito Processual em uma *quarta* fase evolutiva, falando-se em *neoprocessualismo*, que seria "o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico".<sup>443</sup>

Para justificar a adoção do termo *neoprocessualismo*, Fredie Didier assevera que ele

tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao Neoconstitucionalismo, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda a produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida.<sup>444</sup>

A melhor justificativa dada por Fredie Didier para adoção do *neoprocessualismo*, no entanto, decorre do fato de

bem caracterizar um dos principais aspectos desse estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do processualismo do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo "neo".<sup>445</sup>

Muito embora, de fato, remeta para o *neoconstitucionalismo* e traga a ideia de uma revisão das categoriais processuais que foram marcadas pelo *processualismo*, impõe-se salientar que a quarta fase metodológica buscaria superar a fase anterior, ou seja, o *instrumentalismo*. Entretanto, adotando-se o

<sup>442</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 24-26.

<sup>443</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 28.

<sup>444</sup> DIDIER JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 200.

<sup>445</sup> DIDIER JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 200.

termo *neoprocessualismo*, a ideia que passa é a de suplantação do *processualismo*, fase, de há muito, superada.

De qualquer sorte, para Cambi, "o *neoprocessualismo* procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional", buscando "romper com as amarras do positivismo e do formalismo jurídicos, concebendo o processo como um mero veículo de tutela dos direitos materiais".<sup>446</sup>

Percebe-se que as diferenças em relação ao *formalismo-valorativo* são meramente terminológicas, havendo um reconhecimento da superação da fase instrumentalista do processo.<sup>447</sup>

Esse é o entendimento de Fredie Didier, para quem "brigas terminológicas à parte, o certo é que não se pode ignorar o fato de estarmos vivenciando uma nova fase metodológica da ciência processual".<sup>448</sup> Igualmente, Eduardo Cambi refere que o *neoprocessualismo* corresponderia a uma "*nova fase metodológica* do Direito Processual, a que se tem chamado de *formalismo-valorativo*".<sup>449</sup>

Note-se, por conseguinte, que a atual quadra do Direito Processual corresponderia a uma quarta fase, superando-se o *instrumentalismo*, especialmente ao colocar o processo como polo metodológico, em substituição da jurisdição, e por escancarar a relação entre o Direito Processual e os direitos fundamentais, de forma imbricada no próprio processo e não apenas pela atividade realizada pelo intérprete.

A mera controvérsia terminológica acerca da denominação *formalismo-valorativo*, *neoprocessualismo* ou outra nomenclatura que se adote não

---

<sup>446</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116-118.

<sup>447</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51. Nesse sentido, DIDIER JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 201, evidencia que "o formalismo-valorativo pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação".

<sup>448</sup> DIDIER JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 201.

<sup>449</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

retira o valor da percepção da presença de uma nova fase metodológica em que se concebe o processo no Estado Constitucional, o processo *do* Estado Constitucional.

## CAPÍTULO II. TEORIA GERAL DO PROCESSO

No capítulo anterior, restou demonstrada a evolução da ciência processual, defendendo-se, inclusive, a existência de uma quarta fase metodológica, decorrente das mudanças havidas nos últimos anos no pensamento jurídico, especialmente na seara constitucional.

Por mais que se possa criticar o termo *neoconstitucionalismo*, mormente em razão dos abusos - com a supervalorização dos princípios em detrimento das regras, com a ênfase no Judiciário em face do Legislativo - e da *ponderação*, em detrimento da *subsunção*, certo é que há uma transformação no pensamento jurídico, o que também influencia a Teoria Geral do Processo.<sup>450</sup>

Conforme bem analisa Fredie Didier, muito se escreve *de* Teoria Geral do Processo, contudo, pouco se escreve *sobre* TGP, salientando o processualista baiano ainda não ter encontrado “um estudo que se tenha proposto a refletir *sobre* a Teoria Geral do Processo com a profundidade que ela merece”.<sup>451</sup>

Para ser fiel à verdade, poucos foram os doutrinadores que se preocuparam em estudar a Teoria Geral do Processo, merecendo destaque, conforme Fredie Didier Jr., as obras de Francesco Carnelutti, Niceto Alcalá-Zamora, Elio Fazzalari, Cândido Dinamarco, José de Albuquerque Rocha, Willis Santiago Guerra Filho, Rosemiro Pereira Leal, Omar Benabentos e Eduardo José da Fonseca Costa.<sup>452</sup>

---

<sup>450</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 154-155.

<sup>451</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 32.

<sup>452</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 86-108. Um dos principais expoentes do direito processual a se dedicar, de forma precursora, à Teoria Geral do Processo foi Francesco Carnelutti.

Nesse contexto, Alcalá-Zamora demonstra a dificuldade do estudo da Teoria Geral do Processo, em razão da quase inexistente literatura sobre o tema.<sup>453</sup>

Cândido Dinamarco salienta a relevância da postura metodológica atinente à Teoria Geral do Processo para a "revelação das linhas gerais do direito processual e da instrumentalidade do processo", em que pese, no entanto, até hoje ainda não tenha a definição de suas linhas, tampouco o seu âmbito de abrangência.<sup>454</sup>

Mesmo sem uma definição precisa de seu âmbito de abrangência, a Teoria Geral do Processo "volta-se contra a desagregação metodológica do estudo de cada espécie de processo".<sup>455</sup>

Entretanto, aponta Alcalá-Zamora que "a Teoria geral do processo como *disciplina autônoma*, representa todavia mais uma aspiração que uma realidade; uma meta para a qual se caminha, mas que ainda não se alcançou".<sup>456</sup>

Assim, referia o autor espanhol, em conferência proferida em 1949, que a TGP ainda estaria em sua infância - e, ao que parece, desde então, ainda não atingiu a adolescência -, razão pela qual é natural que existam discussões acerca do conteúdo e da trajetória da disciplina.<sup>457</sup>

De qualquer sorte, o primeiro tema a ser abordado em uma disciplina de Teoria Geral do Processo é o da "unidade ou diversidade do Direito Processual", visto que, "se a teoria é geral, tem que estar acima deste ou daquele processo e significar, pelo contrário, o substrato da quintessência comum a todos eles".<sup>458</sup> E é, nesse contexto, ademais, que se deve buscar essa *quintessência* comum, esse elemento de ligação entre os diversos ramos de Direito Processual.

---

<sup>453</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 512.

<sup>454</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 67.

<sup>455</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro, **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**, 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 29-31.

<sup>456</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 513. Continua o autor, à p. 533, referindo que a TGP trataria da "exposição dos conceitos, instituições e princípios comuns aos distintos ramos processuais" e que representaria "mais uma aspiração do que uma conquista definitiva", a demonstrar a importância do seu estudo.

<sup>457</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 523.

<sup>458</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 514.



Destarte, a Teoria Geral do Processo necessita partir da unidade do Direito Processual, pois, do contrário, existiriam apenas teorias particulares.<sup>459</sup>

Além do mais, bem assevera Fredie Didier ser a Teoria Geral do Processo um "bom antídoto contra a equivocidade terminológica".<sup>460</sup>

Essa unidade de estudo da ciência processual pode ser encontrada em alguns relevantes periódicos da área. Sob essa ótica, Carnelutti, em seu artigo intitulado *Por uma teoria geral do processo*, salienta que chamou a sua atenção, pelo título, a *Revista de Derecho Procesal* argentina, que demonstrava a ausência de limite em relação ao estudo do Direito Processual.<sup>461</sup> Aliás, pela mesma lógica, houve a mudança da *Rivista di Diritto Processuale Civile*, em 1946 e que, posteriormente, passou a chamar-se apenas *Rivista di Diritto Processuale*, deixando de se limitar ao processo civil e passando a abordar todos os ramos do Direito Processual.<sup>462</sup>

Para José Albuquerque Rocha, "a construção da Teoria Geral do Processo é o resultado de um diálogo entre a comunidade jurídica sobre realidades processuais empíricas", devendo-se salientar que o "*paradigma comunicativo* tem o grande mérito de introduzir o princípio democrático no domínio da ciência".<sup>463</sup>

A Teoria Geral do Processo busca congrega o estudo de um conjunto comum de conceitos, instituições e princípios de Direito Processual,<sup>464</sup> não obstante se reconheça a existência de diferenças e peculiaridades nos distintos ramos do Direito Processual.

Consoante Fredie Didier, para as ciências sociais, uma teoria "pode ter graus de abstração diversos: *geral, individual e particular*", sendo que "uma

---

<sup>459</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 593.

<sup>460</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 135.

<sup>461</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Per una teoria generale del processo. Questioni sul processo penale*. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p.11.

<sup>462</sup> Sobre essa mudança, consultar CARNELUTTI, Francesco. *Rinascita. Rivista di Diritto Processuale*, v. 1. Padova: CEDAM, 1946, em que o autor faz a apresentação do primeiro volume da segunda série da revista, que sofreu a alteração de seu nome em razão do entendimento da existência de uma verdadeira Teoria Geral do Processo.

<sup>463</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 21.

<sup>464</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 585.

*teoria é geral*, quando reúne enunciados que possuem pretensão universal, invariável".<sup>465</sup>

No entanto, para Riccardo Guastini, em se tratando de Teoria do Direito, o termo *geral* pode ser usado em, pelo menos, três modos distintos, sendo possível se falar em (i) Teoria Geral, enquanto *teoria universal*, servindo para qualquer ordenamento jurídico, sem distinção de tempo e espaço;<sup>466</sup> (ii) Teoria Geral, enquanto *teoria transordenamental*, em que a pesquisa já não mais é usada para abarcar todos os ordenamentos jurídicos presentes, passados e futuros, mas sim uma série circunscrita de ordenamentos; e (iii) Teoria Geral, enquanto *teoria trans-setorial*, que se limita "à análise dos conceitos e dos princípios comuns aos diversos setores de um dado ordenamento",<sup>467</sup> como seria em relação ao Direito Processual.

Nessa visão, pode-se perceber a possibilidade de uma teoria geral no sentido *trans-setorial*, relativamente ao Direito Processual, estudando-se os conceitos e princípios comuns à ciência processual.

Na Teoria Geral do Processo, ora defendida, o elemento central é o próprio *processo*, forma de exercício de poder, encontrando-se o modelo processual inclusive fora dos domínios da atividade jurisdicional.<sup>468</sup>

De acordo com Daniel Mitidiero, a jurisdição cede espaço como "polo metodológico central da teoria geral do processo civil contemporâneo" ao processo, o que corresponderia, "em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética: do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário", servindo o processo para o encontro democrático de direitos fundamentais.<sup>469</sup>

Conforme Couture, "o vocábulo "processo" significa progresso, transcurso do tempo, ação de ir para adiante, desenvolvimento", sendo uma

<sup>465</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 36.

<sup>466</sup> GUASTINI, Riccardo. **Teoria del diritto: approccio metodologico**. Modena: Mucchi Editore, 2012, p. 27-31. Guastini analisa, com uma visão crítica, a ideia de uma teoria universal, considerando ser enganoso que todos os ordenamentos jurídicos possam compartilhar características comuns necessárias, fundando-se a universalidade, muitas vezes, em falácias banais segundo as quais "a uma mesma palavra sempre corresponda um mesmo conceito e, reciprocamente, a ideia de que a um mesmo conceito corresponda sempre a mesma palavra".

<sup>467</sup> GUASTINI, Riccardo. **Teoria del diritto: approccio metodologico**. Modena: Mucchi Editore, 2012, p. 27-31.

<sup>468</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 94. Já DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69, coloca a jurisdição, e não o processo, no centro da TGP.

<sup>469</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48-49.

cumulação de atos que "constituem em si mesmos uma unidade. A simples sequência [...] não é processo, senão procedimento".<sup>470</sup>

Para a configuração do processo, é necessário algo mais, algo diferente, que é a estrutura dialética do procedimento, com a participação dos interessados na fase preparatória do provimento, devendo "os poderes, as faculdades, os deveres através de cujo exercício se atua esta participação" serem distribuídos entre os participantes "de maneira a atuar uma efetiva correspondência e equivalência entre as várias posições".<sup>471</sup>

Destarte, assevera Fazzalari que há processo quando, no *iter* de formação de um provimento, está presente o contraditório, permitindo-se aos interessados que participem em pé de igualdade e desenvolvam atividade que deve ser levada em consideração pelo autor do provimento.<sup>472</sup>

No magistério de Fazzalari,

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.<sup>473</sup>

Nesse sentido, quando ausente a previsão da possibilidade de exercício do contraditório, não há que se falar em processo.<sup>474</sup>

Impõe-se salientar que o modelo processual, com a participação dos interessados em contraditório, de forma democrática, está cada vez mais em expansão, o que se fará sentir, ainda mais, no futuro.<sup>475</sup>

O modelo processual é utilizado para além da atividade jurisdicional, como a atividade administrativa, sendo, aliás, mérito da doutrina administrativista,

<sup>470</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, 4. ed. Montevideo: BdeF, 2010, p. 99.

<sup>471</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1072.

<sup>472</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1072.

<sup>473</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, 1. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119.

<sup>474</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1073. De qualquer sorte, Fazzalari destaca que o contraditório não se articula, em todos os tipos de processo, mediante poderes, faculdades e deveres iguais em número e conteúdo, como se percebe no processo de execução.

<sup>475</sup> FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**, 5. ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 14.

conforme destaca Elio Fazzalari, a necessária distinção entre *processo* e *procedimento*.<sup>476</sup>

Fazzalari refere a tendência à extensão do âmbito dos processos, empregando-se a expressão para fora do campo da jurisdição, usando-se o *esquema processual* quando a atividade desenvolvida tiver interesses contrapostos.<sup>477</sup>

Há que se salientar que, embora o processo seja o modelo escolhido para a atividade jurisdicional, esta não possui exclusividade em relação a ele, sendo o processo uma sequência ordenada de atos, até o cumprimento do ato final, em que se contempla a participação dos interessados.<sup>478</sup>

Por tal razão, é que a Teoria Geral do Processo tem, no processo jurisdicional, apenas uma de suas espécies.<sup>479</sup>

## SEÇÃO I. Conceito e função da Teoria Geral do Processo

Apresentada uma breve introdução à Teoria Geral do Processo, torna-se necessário entender qual o seu conceito e sua função.

Na definição de Fredie Didier, a Teoria Geral do Processo

é uma disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (*lógico-jurídicos*) processuais. São conceitos *lógico-jurídicos* processuais todos aqueles indispensáveis à compreensão jurídica do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra.<sup>480</sup>

<sup>476</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1069. Sob esse aspecto, pode-se citar o exemplo de NIGRO, Mario. Decisione amministrativa. **Enciclopedia del Diritto**. v. XI. Milano: Giuffrè, 1962, p. 810-823.

<sup>477</sup> FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**, 5. ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 12.

<sup>478</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1068.

<sup>479</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1069.

<sup>480</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 64. Acerca do tema, o processualista baiano, à p. 42, refere que “o conceito jurídico fundamental (lógico-jurídico, jurídico próprio ou categorial) é aquele construído pela Filosofia do Direito (é uma das tarefas da Epistemologia Jurídica), com a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra. Tem pretensão de validade universal. Serve aos operadores do Direito para a compreensão de qualquer ordenamento jurídico determinado”. Ainda, sobre os conceitos jurídicos fundamentais, Fredie Didier, à p. 120, salienta que

Para o autor, "a Teoria Geral do Processo é um repertório de conceitos jurídicos fundamentais para a compreensão de qualquer processo ou de qualquer direito processual, pouco importando sua respectiva "morfologia"<sup>481</sup>.

Conforme enfatiza Alcalá-Zamora, a Teoria Geral do Processo estuda os conceitos fundamentais e as grandes linhas do processo.<sup>482</sup>

Já, consoante o pensamento de Dinamarco, a Teoria Geral do Processo é "um *sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual*".<sup>483</sup>

José de Albuquerque Rocha entende ser a Teoria Geral do Processo "um conjunto de conceitos sistematizados (organizados) que serve aos juristas como instrumento para conhecer os diferentes ramos do direito processual".<sup>484</sup>

Salienta Dinamarco que a Teoria Geral do Processo é de suma importância para evidenciar o caráter público do processo e superar resquícios privatistas, tendo em vista propor uma unidade metodológica e conceitual, tanto para o Direito Processual jurisdicional quanto para o não jurisdicional.<sup>485</sup>

Percebe-se, entre os conceitos apresentados, que a Teoria Geral do Processo trata dos conceitos fundamentais e dos princípios que seriam aplicáveis a todos os ramos do Direito Processual, quer jurisdicionais, quer não.

Importante ressaltar que não se pode confundir TGP com Parte Geral do Direito Processual, visto que aquela seria a "construção da Ciência (ou Filosofia

"são o pressuposto do conhecimento jurídico", sendo "pressuposto do conhecimento do direito processual".

<sup>481</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 103. Para o autor, à p. 56, "a Teoria Geral do Direito é, portanto, uma disciplina filosófica, especificamente epistemológica: trata-se de um conhecimento (logos) sobre uma ciência (episteme)".

<sup>482</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 512.

<sup>483</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 68. Continuam CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 27, referindo que "é também, por outro aspecto, a condensação metodológica dos princípios, conceitos e estruturas desenvolvidos setorialmente com vista a cada um desses ramos, considerados aqueles em seus respectivos núcleos essenciais e comuns a todos eles, sem descer às peculiaridades de cada um".

<sup>484</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 18.

<sup>485</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 60.

- Epistemologia) do Direito", enquanto que esta "é linguagem prescritiva, produto da atividade legislativa (em sentido amplo)".<sup>486</sup>

Para Alcalá-Zamora, o mais correto seria chamar a disciplina de *Teoria Geral do Direito Processual*, até mesmo para evitar qualquer equívoco acerca de acepções não jurídicas da palavra *processo*.<sup>487</sup>

Ao se abordarem os conceitos fundamentais de Direito Processual, a disciplina de Teoria Geral do Processo acaba por tomar contornos de uma disciplina enciclopédica, conforme Fredie Didier percebe nas obras de Niceto Alcalá-Zamora e Dinamarco.<sup>488</sup> O próprio autor assevera que o ensino da Teoria Geral do Processo se dá em uma disciplina propedêutica e teórica, que deve possuir um caráter enciclopédico, discutindo-se os conceitos jurídicos fundamentais processuais, aplicáveis a todos os processos, sejam jurisdicionais ou não.<sup>489</sup>

Em relação aos conceitos fundamentais do processo, conquanto não haja uma unanimidade doutrinária, certo é que não se pode deixar de fora a trilogia que restou acentuada a partir da obra de Chiovenda e Calamandrei: ação, jurisdição e processo.<sup>490</sup> A esses três conceitos fundamentais, Ramiro Podetti denominou de *trilogia estrutural do processo*.<sup>491</sup>

Alcalá-Zamora refere que o Direito Processual se apoia nessa trilogia estrutural que ele considera periclitante e que gera uma situação de incerteza e insegurança doutrinária acerca dos conceitos, tendo em vista que, para o autor, "do processo sabemos onde está (no Direito processual, claro), mas não o que é (dúvidas acerca de sua natureza jurídica)"; já, em relação à jurisdição, "conhecemos o que é (índole da função que cumpre), mas não onde está (se, no Direito processual, no público ou constitucional, na Teoria do Estado ou na do

<sup>486</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 84.

<sup>487</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 508-509.

<sup>488</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 95.

<sup>489</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 167-168.

<sup>490</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 516-517.

<sup>491</sup> PODETTI, Ramiro. Trilogia estrutural de la ciencia del proceso civil. **Revista de Derecho Procesal**, I, Buenos Aires, 1944, p. 113-170. Segundo DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 71, e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 29, aos três conceitos estruturais somar-se-ia o instituto da *defesa*.

Direito)); por fim, em relação à ação, "ignoramos com exatidão o que é (disputa entre as doutrinas abstratas e as concretas) e onde está (se, no Direito substancial ou no processual)".<sup>492</sup>

Portanto, muito embora se trate da trilogia estrutural do processo, devendo a TGP estudar a ação, a jurisdição e o processo, percebe-se que os três temas possuem profundas discussões doutrinárias, a tornar tormentoso o estudo da disciplina.

No que tange à função da Teoria Geral do Processo, Fredie Didier salienta que a ela "cabe fornecer o repertório de conceitos indispensáveis à compreensão da estrutura normativa do Direito, onde quer que ele ocorra. O seu objeto é, como se vê, a formulação dos conceitos *lógico-jurídicos*".<sup>493</sup>

A Teoria Geral do Processo busca fornecer esses conceitos jurídicos fundamentais processuais, que servem para a "elaboração dos conceitos *jurídico-positivos* processuais", para cada ramo do Direito Processual, tendo grande utilidade "para a devida compreensão e aplicação do direito processual", para a dogmática processual.<sup>494</sup>

Dessa maneira, "a Teoria Geral do Processo fornece à dogmática do direito processual a coletânea de conceitos sem os quais não será possível construir os conceitos *jurídico-positivos*".<sup>495</sup>

Não bastasse a contribuição para a dogmática processual, a Teoria Geral do Processo também é essencial no estabelecimento de *orientações metodológicas e didáticas* para o ensino e estudo das disciplinas de Direito Processual.<sup>496</sup>

Nesse sentido, é que José de Albuquerque Rocha demonstra que a TGP "não nos dá o conhecimento imediato e direto de determinado ramo do direito processual, mas nos fornece o instrumental necessário para conhecermos qualquer disciplina particular do direito processual", servindo "como instrumento através do

---

<sup>492</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 517.

<sup>493</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 55.

<sup>494</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 118.

<sup>495</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 134.

<sup>496</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 519.

qual podemos analisar, com certo rigor, os diferentes ramos do direito processual".<sup>497</sup>

Percebe-se, assim, a razão de ser de uma Teoria *Geral*, que permite "o uso coerente e racional dos inúmeros conceitos jurídicos fundamentais processuais",<sup>498</sup> não se tratando de uma teoria *particular* do processo civil, penal, trabalhista, administrativo ou eleitoral, mas versando sobre os "conceitos, teses e princípios comuns a todos eles ou à maioria, e não exclusivamente a este ou aquele".<sup>499</sup>

Por fim, impõe-se salientar que se trata de uma disciplina que versa sobre o "plano puramente abstrato das construções sistemáticas", não se podendo imaginar perquirir uma uniformização legislativa.<sup>500</sup>

## SEÇÃO II. Âmbito de atuação

Francesco Carnelutti distingue a evolução da ciência processual italiana em quatro fases, nominando a última como "período da *teoria geral do processo*", cujo desejo é "alcançar a mais alta síntese dos princípios do Direito processual [...] quer se trate do processo civil, quer do penal".<sup>501</sup>

Para Fredie Didier, a Teoria Geral do Processo não versa sobre o direito positivo de qualquer ramo processual, tendo uma preocupação epistemológica de "fornecer às ciências do processo o repertório conceitual indispensável ao exame do direito positivo, qualquer que seja o seu conteúdo".<sup>502</sup>

Salienta o processualista baiano que "o fenômeno processual possui um mínimo fático comum a qualquer das suas espécies; por isso mesmo, processo

<sup>497</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 18.

<sup>498</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 120.

<sup>499</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 511.

<sup>500</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 27.

<sup>501</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**, v. I. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 47.

<sup>502</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 78. Conforme o autor, à p. 85, "a Teoria Geral do Processo é única e, como sobrelinguagem, servirá à compreensão de qualquer dessas linguagens normativas".



é *gênero*". Nesse contexto, "a Teoria Geral do Processo cuida exatamente do *gênero*: é repertório conceitual imprescindível para a compreensão de qualquer tipo de processo".<sup>503</sup>

Alcalá-Zamora ressalta as coincidências essenciais e os traços comuns das distintas disciplinas processuais, que não apenas permitem o cotejo comparativo, como demandam, de forma imperiosa, a elaboração e o desenvolvimento de uma Teoria Geral do Processo.<sup>504</sup>

O processualista espanhol explicita a identidade dos distintos ramos do Direito Processual, visto que "todo processo começa de um *pressuposto* (litígio), se desenvolve ao longo de um percurso (*procedimento*) e persegue uma meta (sentença)".<sup>505</sup>

Percebe-se a abrangência da Teoria Geral do Processo, que busca conceitos e princípios comuns a todos os ramos do Direito Processual. Aliás, "mais do que uma necessidade metodológica para o estudo dos vários ramos de Direito Processual, a teoria geral do processo é uma consequência inarredável do estudo sistemático das diversas categoriais processuais".<sup>506</sup>

Indubitavelmente, muito embora existam traços que distingam as normas dos diferentes ramos do Direito, especialmente do Direito Material, o processo é ontologicamente um só, sofrendo alterações acidentais em razão de seu caráter instrumental em relação ao Direito Material.<sup>507</sup>

Conforme bem analisa José Frederico Marques, de há muito, superou-se o sincretismo da primeira fase metodológica do Direito Processual, não sendo este um mero apêndice do Direito Material. Assim, muito embora existam peculiaridades dos distintos ramos do Direito Material, estas não interferem na existência de uma Teoria Geral do Processo, que é aplicável a todos os seus ramos.<sup>508</sup>

---

<sup>503</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 77.

<sup>504</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 529.

<sup>505</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 571.

<sup>506</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**, 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 19.

<sup>507</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**, 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 45-46.

<sup>508</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v. 1. Campinas: Millennium, 2009, p. 09.

Impõe-se salientar, inclusive, que a Teoria Geral do Processo não se limita aos processos jurisdicionais, aplicando-se aos processos estatais jurisdicionais ou não e, inclusive, aos processos não estatais.<sup>509</sup>

Destarte, para Fazzalari, o modelo processual encontra-se inclusive fora da atividade estatal, estando presente nos partidos políticos, sindicatos e associações esportivas, por exemplo.<sup>510</sup>

Para Cintra, Grinover e Dinamarco,

a máxima abrangência a que se pode chegar é a que postula a inclusão nessa teoria geral dos diversos ramos do direito processual *jurisdicional* (civil, penal, trabalhista, arbitral) e mesmo do *não jurisdicional*, representado pelo direito processual administrativo, pelo direito processual legislativo, pelo eleitoral e mesmo pelo processo de certas entidades intermediárias entre o Estado e os indivíduos (partidos políticos, sociedades civis ou empresárias, clubes, associações).<sup>511</sup>

Não há dúvida de que o processo é um instituto de Teoria Geral do Direito, não se limitando ao campo jurisdicional, devendo a Teoria Geral do Processo abarcar, igualmente, os processos administrativos e legislativos.<sup>512</sup>

É, nesse diapasão, que Merkl frisa a existência de três grandes complexos de Direito Processual: o Direito Processual Legislativo, o Direito Processual Judicial e o Direito Processual Administrativo.<sup>513</sup>

Assim, a Teoria Geral do Processo é o resultado de uma investigação estendida a todos os ramos do Direito Processual, estando acima das teorias particulares, buscando a integração de todos os campos do Direito Processual, como Processo Civil, Penal, Trabalhista, Eleitoral e mesmo os processos não

<sup>509</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 76.

<sup>510</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1070.

<sup>511</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 27. Os autores colocam o Direito Processual Eleitoral fora do âmbito jurisdicional, o que não corresponde à realidade brasileira, tendo em vista se tratar de atividade evidentemente jurisdicional.

<sup>512</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 22. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 83, considera o processo legislativo como encartado dentro da teoria geral do processo.

<sup>513</sup> MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 275.

jurisdicionais, como o Administrativo e o Legislativo, indo além dos seus campos particularizados.<sup>514</sup>

Acerca do Processo do Trabalho, Castelo propugna a integração à Teoria Geral do Processo, buscando "aprimorar e atualizar conceitos que possam levar à formulação de um sistema processual coerente e integrado à teoria geral do processo".<sup>515</sup>

Para Castelo, a autonomia do Direito Processual do Trabalho não significa isolamento, devendo "observar a unidade de raciocínio da teoria geral do processo ligada ao objetivo final e comum a todos os ramos do direito processual", que, conforme o autor, seguindo os ensinamentos de Dinamarco, seria "atender os escopos do sistema processual de natureza social, política e jurídica".<sup>516</sup>

Sob esse aspecto, Alcalá-Zamora atenta para que, na Teoria Geral do Processo, não se esqueçam de outros ramos processuais que foram surgindo, como o processo trabalhista, administrativo, constitucional, dentre outros.<sup>517</sup>

Frisa Alcalá-Zamora que o surgimento de novos ramos de Direito Processual, incorporados aos mais tradicionais já existentes, não fragiliza a concepção unitária, até mesmo porque os processos, em todos os seus ramos, apresentam pressuposto, meta e caminho a percorrer, razão pela qual, em face do aumento dos litígios, a Teoria Geral do Processo serviria para realizar a unificação, dentro do possível, como meio de superar os "inconvenientes combinados da elefantíase e do babelismo".<sup>518</sup>

Aliás, salienta-se que a difusão do modelo processual, com a participação dos interessados em contraditório, parece estar em curso de expansão, constituindo-se, também, em um remédio contra eventuais abusos.<sup>519</sup>

---

<sup>514</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 68.

<sup>515</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro, **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**, 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 20.

<sup>516</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro, **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**, 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 23.

<sup>517</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 515.

<sup>518</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 582. Por elefantíase, o jurista espanhol trata as excessivas disposições nos mais diversos diplomas processuais, que poderiam ser comuns a todos os ramos. Por babelismo, refere-se à possibilidade de soluções distintas para hipóteses idênticas nos diferentes códigos e leis processuais de um país.

<sup>519</sup> FAZZALARI, Elio. **Processo. Teoria Generale. Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1966, p. 1071.

Impõe-se reiterar, no entanto, que a defesa de uma Teoria Geral do Processo não significa o desconhecimento das diferenças existentes entre os diferentes ramos, buscando, no entanto, harmonizá-los a partir dos objetivos comuns a todos.<sup>520</sup>

Assim, Castelo assevera que "a teoria geral do direito processual observa as diferenças existentes entre os diversos ramos, que são independentes, a partir do ponto de inserção no tronco comum", não afetando a autonomia dos distintos ramos, mas quebrando o seu isolamento.<sup>521</sup>

Seguindo essa esteira, Alcalá-Zamora expressa que "a teoria geral do processo, longe de prejudicar o cultivo de cada um dos ramos particulares, o favorece".<sup>522</sup>

Contudo, deve-se atentar para que a Teoria Geral do Processo não vá além do núcleo comum entre os diversos ramos do Direito Processual, salientando-se que ela "só será construtiva e útil na medida em que, além de ser fiel como síntese das conquistas de cada ramo processual, tiver aptidão a devolver a cada um deles os resultados de suas intuições e investigações".<sup>523</sup>

Percebe-se, por conseguinte, que as distintas espécies do gênero processual, com diferentes metodologias de estudo, geram uma desagregação que é combatida pela Teoria Geral do Processo, a fim de que não haja um isolamento de cada ramo do Direito Processual.<sup>524</sup>

Um dos fatores que contribuem para a desagregação e o isolamento dos ramos do Direito Processual, combatidos pela TGP, é o caráter instrumental do processo, tendo em vista a sua natural permeabilidade ao direito substancial, induzindo "a ter de cada processo uma visão associada aos parâmetros jurídico-substanciais do seu objeto".<sup>525</sup>

---

<sup>520</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro, **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**, 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 21.

<sup>521</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro, **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**, 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 24-33.

<sup>522</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 595.

<sup>523</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 69.

<sup>524</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73.

<sup>525</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73.

Assegura Dinamarco que "a teoria geral do processo propõe-se a colher os elementos da diversidade representada pelas variadas espécies de processo e reduzi-los à unidade", sendo essa preocupação pela unidade metodológica um "signo de maturidade científica". Impõe-se reiterar, no entanto, que os limites dessa unidade metodológica devem ser respeitados, visto que "a exagerada extensão dos conceitos e princípios seria propícia à diluição da força de agregação".<sup>526</sup>

A força de uma Teoria Geral do Processo é tanta que Alcalá-Zamora apresenta alguns exemplos extremos da unidade do Direito Processual, em que, inclusive, há unificação legislativa com um código processual unificado.<sup>527</sup>

Não é o que se propugna no presente estudo, refutando-se as principais críticas dirigidas à Teoria Geral do Processo, "que partem da premissa de que ela equivale à criação de um Direito Processual único, aplicável a todas as modalidades de processo".<sup>528</sup>

Como resposta a críticas quanto a uma suposta tentativa de unificação do Direito Processual, Dinamarco expressa que a Teoria Geral do Processo busca "conceitos e princípios gerais, sem se alvitrar a unidade legislativa", razão pela qual se evidencia que "não se busca a unidade de soluções (mesmo em sede doutrinária), mas de raciocínio e de estruturas teóricas".<sup>529</sup>

Assim, na visão de Dinamarco, "o que a teoria geral do processo postula é, resumidamente, a *visão metodológica unitária do direito processual*. Unidade de método não implica homogeneidade de soluções".<sup>530</sup>

Fredie Didier ressalta a proximidade de sua tese com a de Dinamarco em alguns pontos, servindo para processos não jurisdicionais e, inclusive, não

<sup>526</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 78.

<sup>527</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 562-563. Assim, por exemplo, FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria Generale*. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1075, salienta que, na Suécia, há um código único de processo civil e penal. Sobre o código sueco, ler ORTON, Frank. Algumas características especiais do processo civil sueco. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro**, n. 54, 2011, p. 07-14.

<sup>528</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 83.

<sup>529</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 67, nota 1.

<sup>530</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 87. Acentua CASTELO, Jorge Pinheiro, **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**, 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 33, que a "teoria geral do processo não visa unificar soluções", e sim o raciocínio, visto que a "unidade de método não implica homogeneidade de soluções".

estatais, além de não apresentar soluções únicas para o Direito Processual Civil e Penal, não se tratando da tentativa de construção de uma *unidade legislativa* ou um *Direito Processual unitário*.<sup>531</sup>

Para Jaime Guasp, a existência de distintos tipos processuais não destrói a unidade conceitual da figura processual, que é idêntica em cada um dos seus ramos, existindo uma unidade fundamental do processo. Salienta, porém, que essa unidade fundamental do processo não significa a possibilidade de um tratamento conjunto de todas as instituições processuais.<sup>532</sup>

A estrutura e a função dos processos, em seus diferentes campos, são as mesmas, a sustentar a unidade do Direito Processual, o que não impede que se reconheçam as diferenças e peculiaridades do Direito Material a que serve de instrumento o processo. A bem da verdade, a unidade essencial do processo não exclui a percepção das diferenças entre os distintos ramos processuais, que possuem características peculiares.<sup>533</sup>

## § 1º. Processo administrativo

Tendo sido demonstrada a abrangência da Teoria Geral do Processo, que engloba não apenas os processos jurisdicionais, mas também os processos não jurisdicionais, impõe-se uma breve análise acerca de um importante ramo deste último: o Processo Administrativo.

Adolf Merkl ressalta que o Direito Processual administrativo é mais um ramo particular do Direito Processual, não sendo o processo "propriedade da justiça", tendo em vista que o "processo", por sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais".<sup>534</sup>

<sup>531</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 96.

<sup>532</sup> GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**, t. I, 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 41-42.

<sup>533</sup> OVALLE FAVELA, José. **Teoría general del proceso**. México: Harla, 1991, p. 53. Consoante CASTELO, Jorge Pinheiro, **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**, 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 34-35, "com a afirmação da unidade metodológica ou de raciocínio do direito processual, não se pretende negar a distinção de seus ramos", até mesmo porque o processo, em razão do seu caráter instrumental, tem "uma permeabilidade às influências do modo de ser do direito substancial".

<sup>534</sup> MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 273.

Nessa seara, o debate entre a utilização da expressão processo administrativo ou procedimento administrativo não é meramente terminológico. E, mesmo que o fosse, Bobbio atenta para a importância do rigor da linguagem científica para a construção de uma ciência que, é claro, não se reduz a um simples fato linguístico.<sup>535</sup> Não se pode olvidar, contudo, que mais importante é a essência do instituto.<sup>536</sup>

Para Maffini, a expressão *processo administrativo*, utilizada por ele, em vez de *procedimento administrativo*, reflete uma perspectiva mais democrática,<sup>537</sup> tendo em vista que a atividade da Administração Pública é norteada pelos princípios como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, que devem incidir em todos os processos em que a atividade administrativa possa repercutir em direitos e interesses dos administrados. Por tal razão, levando-se em conta o conceito de Fazzalari, segundo o qual processo é o procedimento conduzido em contraditório e tendo-se em vista a "necessidade de se garantir a participação ativa dos destinatários da função administrativa, como decorrência do contraditório", imperiosa a utilização da expressão *processo administrativo*.<sup>538</sup>

Dinamarco atenta para o desdém que se tem em relação à jurisdição voluntária e ao Direito Administrativo, aos quais se reserva a utilização do vocábulo *procedimento*, e não processo. Entretanto, repise-se que é dos administrativistas que decorre a clareza da conceituação de processo como procedimento com a participação dos interessados. De qualquer sorte, o menor desenvolvimento da Teoria do Processo Administrativo ainda coloca essa ciência dentro de um sincretismo entre os planos processual e substancial, o que, aliado à ausência de codificação e a sua fragmentação, acaba por inibir "muito a visão do processo administrativo na unidade de uma teoria geral".<sup>539</sup>

---

<sup>535</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria della Scienza Giuridica**. Torino: Giappichelli, 1950, p. 216-217.

<sup>536</sup> MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**, 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 120.

<sup>537</sup> MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**, 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119. No mesmo sentido, MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 41.

<sup>538</sup> MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**, 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 121-123. De qualquer sorte, nas atividades realizadas pela administração pública, pode-se ter um verdadeiro processo administrativo, com a participação em contraditório dos interessados, como existem hipóteses de procedimentos administrativos, sem esse caráter dialético.

<sup>539</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 81-82.

Nas faculdades de Direito, o estudo do Processo Administrativo se dá de forma incursa no Direito substancial, evidenciando o sincretismo da matéria.<sup>540</sup>

Merkl refere a necessária separação entre Direito Administrativo Processual e Material, mas evidencia inexistir qualquer simetria entre eles, tendo em vista a maior proporção de Direito Administrativo Material.<sup>541</sup>

De qualquer sorte, houve um crescente interesse pelo Processo Administrativo, não sendo mais lícito, hodiernamente, conforme bem demonstra Dinamarco, negar a sua inclusão na Teoria Geral do Processo.<sup>542</sup>

O Processo Administrativo é regido pelas garantias e princípios constitucionais, merecendo destaque o devido processo legal, o contraditório e a consequente participação dos interessados, a ampla defesa nos processos disciplinares, razão pela qual se impõe a inclusão da disciplina na Teoria Geral do Processo, como um processo estatal não jurisdicional.<sup>543</sup>

Em conformidade com Merkl,

o motivo político legislativo para a elaboração de um *direito processual administrativo* é o empenho de proporcionar aos homens que obtêm seu direito em cada caso particular, através das autoridades administrativas, as mesmas garantias de juridicidade, ou, o que é o mesmo, a mesma aplicação justa do direito administrativo material [...] a mesma segurança das relações jurídicas que oferece o direito processual judicial a todos aqueles a quem se declara ou estabelece o direito.<sup>544</sup>

O Direito Processual Administrativo depende do Direito Processual Judicial, podendo-se utilizar orientações de Direito Penal para o Direito Administrativo sancionador, e de Processo Civil para o Direito Administrativo em

<sup>540</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 82. O mesmo costuma ocorrer com o Direito Tributário, sendo os aspectos processuais tratados de forma encartada em um semestre de Direito Material. Situação pior é a do Direito Processual Eleitoral, visto que a maioria das faculdades de Direito sequer possui um a disciplina de Direito Eleitoral e, quando possui, no máximo, é possível se destinar uma ou duas aulas de Direito Processual Eleitoral dentro do programa da disciplina, de conteúdo eminentemente material.

<sup>541</sup> MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 276.

<sup>542</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 83.

<sup>543</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 83. Acentua MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 277, que o Direito Processual Administrativo deve respeitar determinadas garantias, merecendo destaque a garantia da colaboração das pessoas no procedimento, devendo-se regulamentar essa colaboração, concedendo-se a possibilidade de o interessado influir sobre a formação do ato.

<sup>544</sup> MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 276-277.



geral. E, em que pesem os diferentes campos do Direito Administrativo, é possível a formulação de princípios gerais válidos para todos.<sup>545</sup>

Não há dúvida, todavia, de que a difusão do modelo processual tem ocorrido no campo da Administração Pública, em que, cada vez mais, ocorre a participação dos interessados, havendo inúmeros casos em que, consoante Fazzalari, a “pubblica amministrazione deve, prima di provvedere, “sentire” gli interessati”.<sup>546</sup>

Deve-se atentar para a efetiva participação em contraditório dos interessados, sob pena de se ter a redução de garantias com a simulação de uma forma processual que, em verdade, não é realizada no caso concreto.<sup>547</sup>

Compete à doutrina reconhecer e delimitar o modelo processual, distinguindo-o das formas não processuais, para evitar, especialmente na atividade administrativa, que se suprimam as verdadeiras garantias processuais.<sup>548</sup>

Dessa forma, nas relações entre um particular e a Administração Pública, é necessário que ambos estejam em posição substancialmente igualitária, devendo a participação deles ser realizada com respeito à garantia do contraditório, de forma dialética, não havendo um verdadeiro *processo* quando o particular participa apenas esporadicamente, ou em um plano inferior ao da administração pública.<sup>549</sup>

## § 2º. Direito Processual Penal e Direito Processual Civil

Ponto de grande celeuma para a Teoria Geral do Processo é a insatisfação dos processualistas penais, que não admitem a integração do Processo Penal à TGP. Conforme bem ressalta Fredie Didier, a Teoria Geral do

---

<sup>545</sup> MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 277-281.

<sup>546</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1070.

<sup>547</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1071.

<sup>548</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1072.

<sup>549</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, p. 1074.

Processo é “alvo de ferrenha crítica dos processualistas penais brasileiros”, sendo raros os que aceitam sua existência.<sup>550</sup>

Sob esse aspecto, Rogério Lauria Tucci se mostra completamente contrário à unidade do Direito Processual, criticando a Teoria Geral do Processo e a utilização de institutos do Processo Civil no Processo Penal. E vai além, frisando que “é hora, já, de visualizar o Direito Processual Penal com ótica própria, conferindo-lhe a dignidade científica que faz por merecer!”.<sup>551</sup>

Esse também é o magistério de Aury Lopes Jr., que, utilizando-se de artigo de Carnelutti intitulado *Cenerentola*,<sup>552</sup> expressa que o Processo Penal é preterido em relação às duas irmãs, ciência do Direito Penal e ciência do Processo Civil, sempre tendo que se contentar com a sobra dessas duas. Assevera o autor que, primeiramente, foi, durante muito tempo, visto como apêndice do Direito Penal, tendo evoluído rumo à autonomia, mas sempre com menos prestígio. Contudo, o problema, para Aury, está na relação com o Processo Civil, destacando que o Processo Penal sempre foi preterido e teve de se contentar com as roupas velhas da sua irmã. Aliás, “mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela)”.<sup>553</sup>

O processualista gaúcho reconhece a superioridade científica e dogmática do Processo Civil e critica as, para ele, “famigeradas disciplinas de “Teoria Geral do Processo”, tradicionalmente ministradas por processualistas civis,

<sup>550</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 32-108. Entre os que admitem a Teoria Geral do Processo, merecem relevo José Frederico Marques, Afrânio Silva Jardim e o próprio Francesco Carnelutti. Insta salientar, no entanto, que não são apenas os processualistas penais que criticam a existência de uma “teoria geral adequada tanto ao processo civil como ao processo penal”. Esse também é o entendimento exposto por SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35-38.

<sup>551</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53-55. Ver também TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. **Revista Jurídica**, n. 281, 2001, p. 48-64, em que o autor critica a Teoria Geral do Processo em razão de distinções existentes entre o Direito Processual Penal e os demais ramos de Direito Processual, referindo que o conceito de lide seria irrelevante para o Processo Penal, que também não teria revelia e Processo Cautelar, dentre outras peculiaridades que, com a máxima vênua ao autor, não representam verdadeiro óbice para a TGP.

<sup>552</sup> Trata-se de artigo que utiliza o conto de fada Cinderela para retratar a relação entre Direito Processual Civil, Direito Processual Penal e Direito Penal. CARNELUTTI, Francesco. **Cenerentola. Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950.

<sup>553</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 11. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.

que pouco sabem e pouco falam do processo penal e, quando o fazem, é com um olhar e discurso completamente viciado".<sup>554</sup>

Aury tece duras críticas à importação de conceitos tipicamente de Processo Civil para a disciplina de Processo Penal, vociferando contra "todo um erro de pensar, que podem ser transmitidas e aplicadas no Processo Penal as categorias do processo civil, como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã preterida".<sup>555</sup>

Para o autor, já é hora de demonstrar as diversidades existentes entre os dois ramos do Direito Processual, compreendendo-se "que o processo penal possui suas categorias jurídicas próprias, sua diversidade inerente, e que não mais se contenta em usar as vestes da irmã".<sup>556</sup>

Seguindo na linha de Carnelutti, Aury apresenta distinções entre o Processo Civil e o Processo Penal, afirmando que aquele seria um processo do *ter*, enquanto que este seria um processo do *ser*, no sentido de que o Processo Civil seria o "cenário da riqueza (de quem possui)", enquanto que o Processo Penal seria "o processo de *quem não tem*, do excluído", e que lidaria com a liberdade.<sup>557</sup>

Conclui Aury que "são a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e o penal".<sup>558</sup>

Como referido, Aury Lopes Jr. utiliza o artigo *Cenerentola*, de Francesco Carnelutti, para expressar sua crítica contra a Teoria Geral do Processo. Nesse artigo, o jurista italiano aborda a relação entre as ciências do Direito Penal, do Processo Penal e do Processo Civil, tratando-as como irmãs e colocando a ciência do Processo Penal como a Cinderela, que, ao contrário das outras irmãs mais prósperas, tinha tido uma infância e uma adolescência tristes.<sup>559</sup>

---

<sup>554</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 11. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.

<sup>555</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 11. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

<sup>556</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 11. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

<sup>557</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 11. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58-59.

<sup>558</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, 11. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

<sup>559</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Cenerentola. Questioni sul processo penale*. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 03.

Em relação à irmã, ciência do Direito Penal, o Processo Penal teria dividido, durante muito tempo, o mesmo quarto, ficando aquele com o que havia de melhor. Posteriormente, após o Processo Penal ter conquistado sua autonomia, apartando-se as matérias, continuou a Cinderela em uma posição de inferioridade, tendo, como disciplina, menos tempo nos bancos acadêmicos.<sup>560</sup>

Já, em relação ao Processo Civil, o Processo Penal, mesmo tendo evoluído bastante, viu a sua irmã mais desenvolvida, tendo de se contentar a Cinderela com a adaptação dos conceitos construídos no Processo Civil, com a utilização das vestes da sua irmã mais velha e próspera. Assim, para Carnelutti, a Teoria do Processo Penal estaria "em uma fase de nítida dependência da teoria do processo civil".<sup>561</sup>

Conclui Carnelutti que a Cinderela é uma boa irmã, que não quer ser superior às outras, mas que demanda uma afirmação de paridade. Para o italiano, a oposição entre os dois ramos se resolve na igualdade, não devendo nenhuma das duas ciências viver às custas da outra, devendo uma e outra prestar mútuos serviços.<sup>562</sup>

A bem da verdade, parte dos processualistas penais critica a unidade do Direito Processual, sob uma Teoria Geral do Processo, fundamentando tal inconformidade no fato de que as semelhanças entre o Processo Civil e o Penal seriam apenas exteriores e formais, e que as características essenciais e a finalidade apresentariam divergências irreduzíveis. E, mais, ressaltam que a teoria unitária seria uma tentativa dos processualistas civis de absorver os espaços dos processualistas penais.<sup>563</sup>

Não há dúvida de que existem diferenças cristalinas entre os dois ramos do Direito Processual, referindo Carnelutti que o Processo Civil seria um processo de pessoas com posse, em que se travaria um litígio entre o *meu* e o *teu*, estando em jogo a propriedade. Já o Processo Penal lidaria com a liberdade, direito

---

<sup>560</sup> CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 03-04.

<sup>561</sup> CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 05-06.

<sup>562</sup> CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 08.

<sup>563</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 544-545. Aponta o processualista espanhol, no entanto, essa justificativa como um sentimento de inferioridade e uma mania de perseguição, a ponto de não reconhecer que são dois ramos de um mesmo tronco.

mais relevante que o direito de propriedade. Assim, para o processualista italiano, haveria uma diferença profunda entre os dois ramos. De qualquer sorte, acentua que a Teoria Geral do Processo não poderia prescindir das contribuições do desenvolvimento do Processo Penal, que tem apresentado grande fertilidade, sendo que uma preparação civilista seria mais importante para compreender o que o Processo Penal não é, do que o que ele é.<sup>564</sup>

Mesmo apontando as diferenças que necessitam ser analisadas e compreendidas, Carnelutti se mostra favorável a uma Teoria Geral do Processo, visto que "uma coisa é advertir as diferenças, outra coisa é afirmar a incompatibilidade do Civil e do Penal. O magnífico isolamento não é uma posição sustentável nem para os penalistas, nem para quem deseja cultivar qualquer outra ciência", tendo em vista que "não existe um trabalhador que não necessite do trabalho dos outros neste mundo".<sup>565</sup>

Esse é o cenário em que Carnelutti assevera que os processualistas civis e penais, cada um trabalhando por sua conta e de forma isolada, reproduziram uma verdadeira *torre de Babel*. Dessa maneira, os civilistas desenvolveram o *negócio jurídico*, enquanto que os penalistas trataram da *teoria do delito*, sem se darem conta da relação parental existente entre eles, não se podendo compreender um sem o outro.<sup>566</sup>

Para Leone, não se pode ignorar que há grandes e substanciais diferenças entre os dois ramos do Direito Processual, mas tais diferenças não afetariam a unidade substancial dos pontos fundamentais.<sup>567</sup>

Tem-se a plena convicção de que os estudiosos do Processo Penal podem e devem se insurgir contra o mimetismo civilístico, contra a importação pura e simples de conceitos do Processo Civil, todavia, não contra a comparação entre os dois ramos processuais.<sup>568</sup>

---

<sup>564</sup> CARNELUTTI, Francesco. Cenerentola. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 06-08.

<sup>565</sup> CARNELUTTI, Francesco. Per una teoria generale del processo. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 15-18.

<sup>566</sup> CARNELUTTI, Francesco. Per una teoria generale del processo. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 17. Consoante o autor, seriam faces de uma mesma moeda.

<sup>567</sup> LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**, v. I. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961, p. 16-17.

<sup>568</sup> CARNELUTTI, Francesco. Per una teoria generale del processo. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 18.

Um dos obstáculos para uma correta Teoria Geral do Processo decorre da distinta evolução entre os dois ramos. Cândido Dinamarco refere o maior progresso científico do Direito Processual Civil em relação ao Direito Processual Penal, salientando que este só adquire a "feição verdadeiramente científica nas últimas décadas, mercê do trabalho e investigações que se processam no plano do direito processual constitucional e teoria geral do processo".<sup>569</sup>

Consoante Carnelutti, uma efetiva e digna Teoria Geral do Processo não poderá ser construída enquanto o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal não estiverem em um mesmo nível. Assim, a inferioridade do Processo Penal não é prejudicial apenas para ele mesmo, mas também para o Processo Civil, tendo em vista que limita a contribuição que poderia dar para uma Teoria Geral.<sup>570</sup>

Sob essa ótica, o jurista italiano considera uma falsificação da Teoria Geral a impositação do Processo Civil como seu representante, visto que não seria possível estabelecer uma efetiva TGP sem a colaboração paritária dos estudiosos dos distintos ramos processuais, impondo-se aos processualistas civis a renúncia "de qualquer direito de primogenitura". Aliás, alerta Carnelutti, a irmã mais velha tem mais obrigações do que direitos, devendo o civilista, a propósito da Teoria Geral do Processo, rever os seus dogmas e se dar conta de que apenas parte dessa disciplina está em seus domínios.<sup>571</sup>

Carnelutti aponta para uma aproximação entre o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal, como produto de uma Teoria Geral, devendo-se atentar, no entanto, para suas semelhanças e para suas diferenças, havendo, nesse tema, uma necessidade de cautela na construção da Teoria Geral.<sup>572</sup>

---

<sup>569</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 89.

<sup>570</sup> CARNELUTTI, Francesco. Per una teoria generale del processo. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 16. Conforme o autor, à p. 17, "o processo penal e o processo civil são dois opostos; e a filosofia ensina, ou deveria ensinar, que apenas os opostos são iguais. Qualquer pretensão de superioridade ou de autossuficiência da ciência processual civil é injustificada e injustificável".

<sup>571</sup> CARNELUTTI, Francesco. Per una teoria generale del processo. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 18-19.

<sup>572</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 55-56. De acordo com CARNELUTTI, Francesco. Per una teoria generale del processo. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 14, a Teoria Geral do Processo deve levar em conta tanto o que o Processo Civil e o

Dessa forma, muito embora a existência de diferenças entre Direito Processual Civil e Direito Processual Penal, Carnelutti enfatiza que a analogia material e instrumental entre as duas ciências processuais aponta para a ausência de maiores dificuldades na construção de uma Teoria Geral, apresentando a maioria dos processualistas "uma visão otimista acerca da construção de uma teoria geral".<sup>573</sup>

Destarte, a Teoria Geral do Processo demonstra-se necessária até mesmo em razão das diferenças existentes entre seus distintos ramos, funcionando na articulação dos conhecimentos produzidos pelo Direito Processual Civil e pelo Direito Processual Penal, sendo "o fundamento metodológico que justificaria o incremento desse intercâmbio científico".<sup>574</sup>

Esse é o contexto em que Fredie Didier menciona que "a Teoria Geral do Processo serve à compreensão de qualquer processo, inclusive do processo penal".<sup>575</sup>

Em relação às críticas apresentadas por Rogério Lauria Tucci e Aury Lopes Jr., Fredie Didier entende que erram o alvo, porque se insurgem contra um Direito Processual unitário,<sup>576</sup> que é muito diferente de uma Teoria Geral do Processo, e centram-se no fato de que a TGP seria a "tentativa de transplantação, para o Processo Penal, de "categorias" próprias do processo civil". Segundo o autor, não seriam bons argumentos para refutar uma Teoria Geral do Processo "a inexistência de regras jurídicas únicas para o direito processual civil e o direito processual penal e a impossibilidade de transposição, para o processo penal, de institutos construídos para o processo civil".<sup>577</sup>

Realmente, não se pode querer transpor regras e categorias de um ramo para o outro do Direito Processual, tendo em vista que as normas devem ser

---

Processo Penal têm em comum, como o que têm de divergente: "genus commune e differentia specifica".

<sup>573</sup> CARNELUTTI, Francesco. Per una teoria generale del processo. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950, p. 14.

<sup>574</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 90. No entendimento de JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**, 9. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 19, "pouca resistência ainda se encontra, em sede doutrinária, à concepção unitária do processo".

<sup>575</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 109.

<sup>576</sup> Nesse sentido, VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Por que unificar o direito processual?. **Revista de Processo**, n. 27, 1982, p. 40-48.

<sup>577</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 109-113.

adequadas ao objeto do processo, sendo que os objetos do Processo Civil e do Processo Penal são diversos. Na verdade, não se pode admitir o uso das roupas velhas da irmã, tendo em vista as diferenças de objeto entre os dois ramos da ciência processual. Ocorre, e isso precisa ficar muito claro, que a Teoria Geral do Processo não significa Direito Processual único.<sup>578</sup>

Nesse aspecto, é que Alcalá-Zamora alerta para o equívoco dos processualistas penais, que confundem a "*unidade* do direito processual com a *identidade* de seus distintos ramos".<sup>579</sup>

O processualista espanhol refuta cada uma das críticas apresentadas pelos processualistas penais, asseverando que: (I) a suposta natureza pública do Processo Penal e privada do Processo Civil não seria óbice para a Teoria Geral, especialmente tendo em vista que, atualmente, há uma grande publicização do Direito, abarcando o Processo Civil matérias de Direito Público; (II) o argumento de que o Processo Penal seria necessário e indisponível, enquanto que o Processo Civil seria facultativo e disponível, não se justificaria em razão da possibilidade de composição em matéria penal em alguns ordenamentos, além da existência de direitos indisponíveis no Processo Civil; (III) a igualdade ou não entre as partes no Processo Penal e no Processo Civil também não seria relevante em razão de exemplos em que a igualdade não é plena no Processo Civil e em que há uma igualdade maior no Processo Penal; (IV) por fim, a distinção atinente à iniciativa instrutória do juiz penal não traria qualquer óbice à TGP, tendo em vista que, cada vez mais, o juiz civil tem tido iniciativa probatória, deixando de ser aquele juiz passivo de outrora.<sup>580</sup>

Aliás, Alcalá-Zamora questiona como poderiam as diferenças ser tão grandes, como defendem os processualistas penais, se a doutrina de Bülow do processo como relação jurídica processual foi tão largamente utilizada por eles para justificar a separação entre o Direito Processual e o Direito Material.<sup>581</sup>

Não há dúvida de que existem peculiaridades tanto no Direito Processual Penal quanto no Processo Civil, até mesmo em razão da natureza

---

<sup>578</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 110-114.

<sup>579</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 514.

<sup>580</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 546-557.

<sup>581</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 566.



pública ou privada da pretensão, mas que "não chegam a afetar a ontologia do processo, chegando tão-somente às portas de sua estrutura formal".<sup>582</sup>

Para José Frederico Marques,

que o conteúdo de ambos os processos seja diferente ninguém pode por em dúvida. Mas o Direito processual não é um simples apêndice do Direito que regula o conflito de interesses que deve ser jurisdicionalmente apreciado e solucionado. A relação processual é autônoma e de Direito público, pelo quê independe da natureza do litígio a ser decidido.<sup>583</sup>

Muito embora existam diferenças entre o Processo Civil e o Processo Penal, tais diferenças "não bastam para destruir a unidade *essencial* de todo o Direito processual", afinal, "o Direito processual penal, como o civil, é antes de tudo e sobretudo, Direito processual".<sup>584</sup>

Dessa maneira, mesmo quando há diferenças normativas entre o Processo Civil e o Processo Penal, tal fato não é suficiente para romper a unidade essencial, até mesmo porque não se pode confundir *unidade* com *identidade*. Não se quer a fusão de um ramo do Direito Processual com o outro, mas tão-somente demonstrar que são ramos de um mesmo tronco e que possuem "uma série de conceitos, instituições e princípios comuns".<sup>585</sup>

É, nesse contexto, que, embora muitos processualistas penais questionem a integração do Direito Processual Penal em uma Teoria Geral do Processo, Dinamarco salienta que o fato de as garantias constitucionais processuais serem a esse ramo aplicáveis, por si só, já demonstra a existência de uma ligação com o "sistema processual geral".<sup>586</sup>

<sup>582</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**, 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 20.

<sup>583</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v. 1. Campinas: Millennium, 2009, p. 08. Expressa o autor, à p. 07, que "o processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco comum, que é a Teoria Geral do Processo".

<sup>584</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 514-515.

<sup>585</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 583.

<sup>586</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 74-75, nota 15. Acerca dos demais institutos essenciais à Teoria Geral, LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**, v. I. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961, p. 16, refere que tanto o Processo Civil quanto o Processo Penal tem a "mesma finalidade: a atuação do poder jurisdicional" e, em ambos os processos, o poder jurisdicional é condicionado ao exercício da ação, devendo-se reconhecer a "utilidade daquela teoria geral do processo".

A tendência unitária também se revela, em revistas e associações de Direito Processual, sem a qualificação Civil ou Penal, destacando-se a clássica Rivista di Diritto Processuale italiana, que eliminou o anterior adjetivo Civil, agregando publicações de todo e qualquer ramo processual.<sup>587</sup>

Em argumento bem pragmático, Ovalle, acerca da polêmica em torno das teorias *unitária* e *dualista* do Direito Processual, salienta que "a inclusão da disciplina de Teoria Geral do Processo nos planos de estudo das escolas e faculdades de direito e a elaboração de numerosos livros sobre a matéria, são os argumentos mais sólidos que demonstram a razão da tese unitária".<sup>588</sup>

A tese unitária defende "a unidade essencial do direito processual, com base na unidade conceitual, institucional, de princípios e estrutural", sem deixar de reconhecer "as características próprias de cada processo, as quais não afetam a referida unidade essencial".<sup>589</sup>

Para Alcalá-Zamora, "a unidade do direito processual tem sido favorecida" tanto pela *civilização do Processo Penal* como pela *penalização do Processo Civil*, em que os ramos processuais têm se aproximado, encurtando a distância entre eles.<sup>590</sup>

Esse também é o entendimento de Cândido Dinamarco, para quem é preciso "reprimir a inquisitorialidade que dominou o processo penal autoritário" e "abandonar o comportamento desinteressado do juiz civil tradicionalmente conformado com as deficiências instrutórias deixadas pelas partes no processo".<sup>591</sup>

Por todo o exposto, percebe-se que a resistência dos processualistas penais à Teoria Geral do Processo não se justifica, visto que não se pretende uma uniformização legislativa entre os dois ramos, tampouco a pura e simples transplantação de institutos e conceitos de Direito Processual Civil para o Processo Penal, buscando-se, na TGP, a harmonização entre os distintos ramos do tronco comum, mormente em razão dos direitos fundamentais inerentes a todos eles.

---

<sup>587</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 567-568.

<sup>588</sup> OVALLE FAVELA, José. **Teoría general del proceso**. México: Harla, 1991, p. 69.

<sup>589</sup> OVALLE FAVELA, José. **Teoría general del proceso**. México: Harla, 1991, p. 69.

<sup>590</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 578-579.

<sup>591</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 62.

### SEÇÃO III. O processo como polo metodológico e os direitos fundamentais

De acordo com Fredie Didier, o conceito primário da Teoria Geral do Processo, “que *delimita* o campo de objeto da ciência e *articula*” os demais conceitos fundamentais de forma sistematizada e lógica, é o de “processo”.<sup>592</sup> Trata-se de um enfoque epistemológico dado pelo autor.<sup>593</sup>

Na atual quadra do Direito Processual, em uma quarta fase de sua evolução metodológica, deve-se colocar o *processo* em substituição à *jurisdição* no centro da Teoria Geral do Processo, sem negar sua importância. Contudo, o processo como polo metodológico, evidencia o caráter dialético e democrático, potencializando-se o valor participação e estabelecendo um “justo equilíbrio entre as posições jurídicas do autor, do juiz e do réu”.<sup>594</sup>

Nesse contexto, destaca-se a importância da relação entre o Direito Constitucional e o Direito Processual, trazendo-se, para o processo, os valores e direitos fundamentais.

Fredie Didier pontua que as transformações do Direito Constitucional repercutiram no Direito Processual, sendo que “a Constituição Federal passa a ser examinada como o *mais* importante capítulo do Direito Processual, fundamento para que todo o Direito Processual seja construído”. Destarte, a previsão constitucional do devido processo legal seria sintomática.<sup>595</sup>

Diante da constitucionalização do Direito Processual, merece destaque a previsão, na Constituição, de direitos fundamentais processuais, bem como o maior “diálogo entre processualistas e constitucionalistas”.<sup>596</sup>

Trata-se de um verdadeiro *Direito Processual Constitucional*, que merece toda a atenção dos processualistas, sendo geral e aplicável a toda espécie

---

<sup>592</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 65-66. “O conceito de processo é o conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo (e, conseqüentemente, da Ciência do Processo)”.

<sup>593</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 67.

<sup>594</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48-50.

<sup>595</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 151.

<sup>596</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 151.

processual, a fim de que se identifique "o modelo de direito processual imposto pela Constituição".<sup>597</sup>

Parece estar, no Direito Processual Constitucional, o elemento comum a todo o Direito Processual, envolvendo processos jurisdicionais e não jurisdicionais. Dessa maneira, os direitos fundamentais processuais devem ser respeitados tanto no Direito Processual Penal quanto no Direito Processual Civil, assim como nos Processos Administrativos, Trabalhistas, Tributários, além do Direito Processual Eleitoral.

A Teoria Geral do Processo teria, como premissas primordiais, o Direito Processual Constitucional, de que decorrem as influências a todos os ramos processuais e que tem a busca da justiça no caso concreto o seu compromisso, a fim de que se consigam a pacificação social, a preservação dos direitos fundamentais e a participação nos desígnios políticos do Estado.<sup>598</sup>

Percebe-se, nesse diapasão, que os direitos fundamentais integrantes do Direito Processual Constitucional são o elo comum a todos os ramos do Direito Processual, servindo como elemento de ligação da Teoria Geral do Processo.

Contudo, para Fredie Didier,

pouco importa que o conjunto de *grandes princípios e garantias* sirva a qualquer modalidade de processo. A definição desses princípios e garantias, porque conceitos *jurídico-positivos*, de resto somente serviria a um dado ordenamento jurídico.<sup>599</sup>

Para o processualista baiano, "não é papel da Teoria Geral do Processo identificar e definir quais são as normas jurídicas fundamentais do Direito Processual de um dado ordenamento jurídico".<sup>600</sup>

<sup>597</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 170. Parece ser esse também o entendimento de NUNES, Dierle. Uma breve provocação aos processualistas: o processualismo constitucional democrático. In ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 218-237, ao tratar do *processualismo constitucional democrático*, em que o "processo constitucional vem se tornando um dos garantes do auferimento de direitos pelos cidadãos e da blindagem contra o exercício decisionista do poder".

<sup>598</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 28-29.

<sup>599</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 97.

<sup>600</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 98.

Consoante Fredie Didier, "não é a existência de normas jurídicas processuais aplicáveis indistintamente a qualquer espécie de processo que justifica a Teoria Geral do Processo, a quem, de resto, não cabe o exame dogmático dessas mesmas normas". Assim, "uma teoria do processo construída a partir do exame de normas jurídicas de um determinado ordenamento é uma teoria *individual*. Essa *teoria* não se torna *geral* porque serve a diversas espécies de processo naquela ordem jurídica".<sup>601</sup>

Sob esse olhar, o autor critica a inclusão, por Dinamarco, dos princípios na TGP, por se tratarem de normas jurídicas que não seriam admitidas em uma disciplina epistemológica, demonstrando-se contrário a um viés axiológico da Teoria Geral do Processo, porque "os valores naturalmente não são os mesmos em qualquer lugar, variam conforme o tempo e o espaço. Não é recomendável, pois, conceber uma *Axiologia Geral do Processo*, extrato de uma *Teoria Geral do Processo*".<sup>602</sup>

Ressalte-se, no entanto, que bem demonstrou Guastini a possibilidade de uma Teoria Geral *trans-setorial*, não se falando em valores universais e invariáveis no tempo e no espaço.

Salta aos olhos a ligação existente entre todos os ramos do Direito Processual por meio dos direitos fundamentais, dos princípios de Direito Processual Constitucional, servindo o processo como ambiente democrático e de participação, com a colaboração dos interessados, de forma dialética e equilibrada, evidenciando-se o ponto central da Teoria Geral do Processo.

Nessa mesma linha, para Rosemiro Leal, é a existência de um conjunto de princípios constitucionais comuns a todas as espécies de processo que justifica uma Teoria Geral do Processo.

Como preleciona Rosemiro Leal,

a TGP não é uma **teoria geral** de um determinado "método" [...] mas uma amostragem geral dos conteúdos que integram a morfologia do processo considerado em suas interfaces principiológicas imprescindíveis ao asseguramento da efetivação de direitos em paradigmas de ampla defesa, contraditório e isonomia assim institucionalizados por norma fundamental.<sup>603</sup>

<sup>601</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 103.

<sup>602</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 96-97.

<sup>603</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, *e-book*.

Segundo o autor, para se falar em TGP, deve-se levar em conta não mais a trilogia ação, jurisdição e processo, mas sim "os princípios institutivos do processo, que se definem na ampla defesa, no contraditório e na isonomia", razão pela qual "a unificação do processo e seu estudo por uma teoria geral [...] elaboram-se pela identidade conceitual e teórica de seus princípios na regência de quaisquer procedimentos". Dessa forma, chega-se a uma Teoria Geral "pela principiologia do processo".<sup>604</sup>

Rosemiro Leal aponta "a inegável existência de uma teoria geral do processo pelo estudo convergente dos princípios fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia, também referentes à instituição do devido processo", que são "aspectos inafastáveis da construção dos procedimentos quando se põem em conflito os direitos".<sup>605</sup>

Esse também é o entendimento de Omar Benabentos, que, em sua Teoria Unitária do Direito Processual, escancara a ideia de um processo garantista, conforme a Constituição, sustentando que qualquer processo deve respeitar os valores constitucionais, os direitos fundamentais processuais, destacando-se o *devido processo legal*, havendo uma uniformidade de valores em todo e qualquer processo. Para o autor, somente, a partir do garantismo processual, seria viável uma teoria unitária.<sup>606</sup>

Castelo considera comum a todos os ramos do Direito Processual, além dos conceitos de jurisdição, ação, defesa, processo e procedimento, os princípios como o contraditório, o juiz natural, a imparcialidade, a publicidade, entre outros.<sup>607</sup>

Seguindo nessa vereda, Alcalá-Zamora refere incumbir à Teoria Geral do Processo "ocupar-se dos *princípios fundamentais* que devem inspirá-la".<sup>608</sup>

Consoante o processualista espanhol, merece relevo o fato de que

---

<sup>604</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, *e-book*.

<sup>605</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, *e-book*.

<sup>606</sup> BENABENTOS, Omar A. Nociones sobre una teoría general unitária del derecho procesal. Disponível em <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/21/39>, acesso em 10/01/2015.

<sup>607</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro, **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**, 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 21.

<sup>608</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 519.

os princípios que regem a atividade processual [...] se manifestam indistintamente nas distintas esferas processuais [...] ainda que quantitativamente se liguem de preferência a este ou aquele em conformidade com flutuações no tempo e no espaço.<sup>609</sup>

Segundo Couture, o processo é uma garantia constitucional, tendo as Constituições do século XX, com poucas exceções, apresentado uma "proclamação programática de princípios de direito processual".<sup>610</sup>

Nesse diapasão, Liebman acentua que a Teoria Geral do Processo é uma disciplina teórica que trata dos princípios comuns às várias figuras processuais.<sup>611</sup>

Esse também é o entendimento de Cândido Dinamarco, para quem a Teoria Geral do Processo identifica e define "os grandes *princípios e garantias* que coordenam e tutelam as posições dos sujeitos do processo e o modo de ser dos atos que legitimamente realizam ou pode realizar"<sup>612</sup> e, ao reunir e harmonizar os institutos, princípios e garantias, compõe "o *sistema processual*".<sup>613</sup>

Conforme bem demonstra Dinamarco, "há uma unidade nos grandes princípios, no entendimento das garantias constitucionais do processo, na estrutura e interação funcional dos institutos fundamentais, sem que com isso exijam soluções igualadas em todos os setores".<sup>614</sup>

Repisa Dinamarco que a Teoria Geral do Processo não pretende unificar soluções, mas sim o raciocínio, destacando-se que os grandes princípios e garantias, assim como os grandes conceitos e esquemas lógicos, são comuns aos diferentes ramos de Direito Processual.<sup>615</sup>

---

<sup>609</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974, p. 572-573.

<sup>610</sup> COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, 4. ed. Montevideo: BdeF, 2010, p. 123.

<sup>611</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. Recensioni e Segnalazioni: Istituzioni di diritto processuale de Elio Fazzalari. **Rivista di Diritto Processuale**, anno 30, n. 3, 1975, p. 463-464.

<sup>612</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 71.

<sup>613</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 71.

<sup>614</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 86.

<sup>615</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 86-87.

Para Devis Echandía, há uma unidade de Direito Processual, que é um só, sendo seus princípios fundamentais comuns a todos os ramos.<sup>616</sup>

A unidade entre os distintos ramos de Direito Processual faz com que se "estudem em conjunto e com um critério comum seus princípios gerais, e essa é a razão do curso da teoria geral do processo".<sup>617</sup>

Enfatiza Fazzalari que, em que pesem, no Direito Positivo, os distintos processos terem diferenças específicas, todos eles possuem "princípios comuns, inerentes à própria estrutura".<sup>618</sup>

Percebe-se, por conseguinte, que, no Direito Processual Constitucional e, mais precisamente, nos direitos fundamentais, está o ponto de encontro comum a todos os ramos do Direito Processual, justificando, de forma cristalina, a Teoria Geral do Processo.

Acerca dos direitos fundamentais integrantes do Direito Processual Constitucional, Fredie Didier destaca o *devido processo legal*,<sup>619</sup> enquanto Ovalle dá ênfase, na Teoria Geral do Processo, ao princípio do contraditório, essencial ao processo por decorrer "da própria natureza do objeto sobre o qual versa, que é o litígio" e que impõe a todo e qualquer processo o respeito a uma estrutura dialética.<sup>620</sup>

A partir do estabelecimento dos direitos fundamentais como elo entre os distintos ramos do Direito Processual, cabe uma breve análise do Direito ao processo justo.

<sup>616</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general del proceso**: aplicable a toda clase de procesos, 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 43.

<sup>617</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general del proceso**: aplicable a toda clase de procesos, 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 44.

<sup>618</sup> FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**, 5. ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 15. Assim, FAZZALARI, Elio. **Processo. Teoria Generale. Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1966, p. 1076, menciona alguns princípios que são comuns aos diversos processos, como o contraditório, a publicidade, o direito à prova, a motivação das decisões e a lealdade e probidade dos participantes. O autor reconhece, no entanto, as diferenças específicas, as peculiaridades próprias de certos processos.

<sup>619</sup> DIDIER JR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 159-161. Para CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 27-28, "sempre que se trate de procedimentos realizados mediante o exercício de poder por um agente que se sobrepõe aos demais, ali se tem processo e não mero procedimento, legitimando-se pois sua inserção no âmbito da teoria geral do processo. A referência ao poder como centro de emanção de decisões imperativas é o elemento de convergência responsável pela imposição das garantias constitucionais do processo, notadamente a do devido processo legal".

<sup>620</sup> OVALLE FAVELA, José. **Teoría general del proceso**. México: Harla, 1991, p. 51.



## SEÇÃO IV. Direito ao processo justo

Em um Estado Constitucional, os direitos fundamentais permeiam todo o ordenamento jurídico. Não é diferente com o Direito Processual, que, igualmente, deve ser analisado sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Há, no Direito brasileiro, um catálogo de direitos fundamentais, que possuem natureza processual, a conformar um devido Processo Legal Processual, pautado pelo respeito e pela relação entre esses diversos direitos.

Nesse contexto, em uma perspectiva processual, é que se deve compreender o princípio do devido processo legal no Direito brasileiro, não havendo espaço para um devido Processo Legal Substancial. O direito ao devido Processo Legal Processual, para que seja melhor compreendido e a fim de que não se deixe margem para sua análise na perspectiva substancial, ou para não remeter a contextos culturais diversos, como o do estado legal do período liberal, deve ser compreendido como *direito ao processo justo*.

O processo justo é o processo do Estado Constitucional, em que se deve contemplar e harmonizar os mais diversos direitos fundamentais de natureza processual, a fim de que se obtenha uma decisão justa para o caso concreto, decisão esta que depende, também, de que o processo se dê em conformidade com um correto *ascertainment* dos fatos relevantes e com uma correta interpretação e aplicação da norma jurídica.

### § 1º. Devido processo legal

Pode-se atribuir à Carta Magna inglesa, de 1215, a origem do direito ao processo justo, quando, em seu art. 39, dispôs que

nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e *de harmonia com a lei do país*.<sup>621</sup>

---

<sup>621</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 492.

Tem-se, aí, o surgimento do *due process of law*,<sup>622</sup> expressão que restou utilizada em substituição à *lei da terra*,<sup>623</sup> no ano de 1354, durante o reinado de Eduardo III. A partir desse antecedente histórico, o valor relativo ao devido processo restou consagrado nos mais diversos textos normativos, podendo-se destacar, do ponto de vista processual, o processo equitativo da Constituição portuguesa, da Convenção Internacional dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos e da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>624</sup> e o direito ao processo justo da Constituição italiana.

Impõe-se salientar que o *due process of law*, no Direito inglês, constitui princípio fundamental de justiça processual, relativo ao *fair trial*. Ou seja, “no direito inglês, *due process of law* sempre foi princípio de justiça processual, exclusivamente”.<sup>625</sup>

Do Direito inglês, o princípio do devido processo legal chegou ao Direito americano, com a 5ª emenda, de 1791 (vinculativa para o governo federal), e com a 14ª emenda, de 1868 (vinculativa para os governos estaduais).<sup>626</sup>

Da mesma forma que no Direito inglês, nos Estados Unidos, o *due process*, inicialmente, foi aplicado aos processos ou procedimentos judiciais, tratando-se, portanto, originariamente, de um princípio processual. Somente após, surgiu, no Direito norte-americano, a distinção entre *substantive due process* e *procedural due process*.<sup>627</sup>

---

<sup>622</sup> Sobre o *due process of law*, sugere-se a leitura de MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>623</sup> Conforme MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18, devido processo legal e lei da terra eram expressões intercambiáveis.

<sup>624</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 492. Conforme MATSCHER, Franz, L'equo processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LX, n. 4, 2006, p. 1156, do ponto de vista histórico, as primeiras menções a garantias processuais constitucionais são encontradas na Magna Carta, no *Habeas Corpus Act*, de 1767, no Bill of Rights da Virgínia, de 1776, na Constituição dos Estados Unidos, de 1782, completada pela 14ª emenda, de 1868, em que foram inseridos os princípios do *due process of law* e da *equal protection of law*.

<sup>625</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 121.

<sup>626</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18.

<sup>627</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

Nessa contextualização, o devido processo legal passou a ter duas conotações, sendo uma “substancial” e outra procedimental, indicativa da garantia de um processo adequado ou justo.<sup>628</sup>

Em relação ao conceito de devido processo legal processual, não há maiores controvérsias nos Estados Unidos, dizendo respeito aos processos ou procedimentos que o governo deve observar antes de privar alguém da vida, da liberdade ou da propriedade. Entretanto, em relação à faceta substancial, pode-se dizer que se trata de uma das categorias mais controvertidas do Direito Constitucional estadunidense.<sup>629</sup>

No que tange ao Direito brasileiro, o devido processo legal encontra-se positivado em nossa Constituição Federal de 1988, consoante disposição do art. 5º, LIV.

#### A. *Substantive due process of law*

Inicialmente, pode-se dizer que *substantive due process* seria uma contradição em termos, tendo em vista se tratar de uma perspectiva *substancial* para o devido *processo*, sendo uma categoria muito problemática do Direito Constitucional.<sup>630</sup>

Contudo, em que pese seu caráter controvertido, certo é que a Suprema Corte americana tem decidido que o *due process* não pode ser compreendido apenas como uma cláusula de caráter processual, havendo, igualmente, a proteção de uma esfera substantiva. Essa proteção substancial seria referente à intervenção estatal sobre certos direitos e liberdades fundamentais.<sup>631</sup>

---

<sup>628</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 51.

<sup>629</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

<sup>630</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

<sup>631</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 31. Assim, para Sérgio Wetzel de Mattos, o *substantive due process of law* seria conceituado “como o princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado”, tratando-se de “disposição constitucional aberta que proíbe que se prejudiquem certos direitos”.

Em tese, dois seriam os contextos de aplicação do *substantive due process*: o contexto dos direitos fundamentais e o das liberdades econômicas.<sup>632</sup>

Pode-se perceber, no Direito estadunidense, duas funções específicas do *substantive due process* em relação ao contexto dos direitos fundamentais: a função protetiva dos direitos fundamentais não enumerados pela Constituição, em que ocorre a proteção de certos direitos fundamentais não positivados na Declaração de Direitos, e a função incorporativa, em que os direitos fundamentais previstos em relação ao governo federal na 5ª Emenda seriam incorporados aos governos estaduais.<sup>633</sup>

Consoante salienta Sérgio Wetzel de Mattos, a Suprema Corte americana, há muitos anos, vem se valendo do *due process* com a finalidade de reconhecimento e proteção de direitos constitucionais não enumerados, como, por exemplo, direito à privacidade, direito ao aborto, direitos decorrentes de relações familiares, direito à morte e direito de orientação sexual.<sup>634</sup>

Analisadas as funções do *substantive due process*, em seu país de origem e berço histórico, passa-se a verificar a desnecessidade de utilização do referido princípio em sua perspectiva substancial no Direito brasileiro.

Primeiramente, no que tange à função incorporativa, até mesmo em razão da nítida distinção entre a conformação da federação americana e da federação brasileira, percebe-se a total desnecessidade da utilização do princípio do devido processo legal em sua perspectiva substancial, visto que, no Brasil, a Constituição e os direitos fundamentais nela assegurados são vinculativos para todos os entes federados, ou seja, são igualmente vinculativos para a União, para os Estados, para o Distrito Federal e para os Municípios.<sup>635</sup>

Da mesma forma, em relação à função protetiva de direitos não enumerados, impõe-se salientar as distinções existentes entre os Estados Unidos da América e o Brasil, a começar pela Constituição dos dois países, uma vez que a

---

<sup>632</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32. No que tange às liberdades econômicas, Sérgio Wetzel de Mattos, à p. 48, salienta que perdurou, especialmente desde a era Lochner, a partir de 1905, até 1937, sendo que, atualmente, a Suprema Corte tem “revivificado o economic substantive due process para impor limites à quantificação dos chamados danos punitivos”.

<sup>633</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 84-85.

<sup>634</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 61-75.

<sup>635</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 105.

Constituição americana é extremamente analítica, enquanto que a Constituição brasileira, especialmente no que concerne ao rol de direitos e garantias fundamentais, é por demais prolixa, o que, de imediato, reduz nitidamente a razão de ser da função protetiva dos devido processo legal substancial.<sup>636</sup>

Como se não bastasse, há, na Constituição brasileira, a previsão do § 2º do art. 5º, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes dos regimes e dos princípios por ela adotados”. Portanto, percebe-se que o rol de direitos e garantias fundamentais, mesmo que consideravelmente extenso, não é taxativo, tratando-se de um catálogo aberto de direitos fundamentais. Pode-se falar, nesse contexto, que o Direito brasileiro possui um rol aberto de direitos fundamentais.<sup>637</sup>

Resta, pois, evidente que não há necessidade de se recorrer ao princípio do devido processo legal, em sua perspectiva substancial, para reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos, visto que a Constituição brasileira já estabelece um catálogo aberto de direitos e garantias fundamentais, “o que desde logo permite a consecução desse mesmo fim: reconhecimento e proteção de direitos fundamentais implicitamente previstos e mesmo não previstos na Constituição”.<sup>638</sup>

Percebe-se, por conseguinte, que as funções utilizadas, originariamente, pela concepção substantiva do princípio do devido processo legal não são necessárias no Direito brasileiro, a demonstrar a desnecessidade do devido processo legal para além de sua perspectiva processual.

Ademais, no Direito pátrio, o devido processo legal substancial tem sido utilizado para além das funções que o conceberam, tendo em vista que, “no direito brasileiro, não é atribuída ao princípio do devido processo substantivo outra funcionalidade a não ser a dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade”, sendo que tal funcionalidade não emana do Direito norte-americano.<sup>639</sup>

---

<sup>636</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 106.

<sup>637</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 107.

<sup>638</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 616-617.

<sup>639</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 104-105.

Conforme ampla pesquisa realizada por Sérgio Wetzel de Mattos, pode-se perceber que, para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o devido processo substantivo integraria o Direito Constitucional positivo brasileiro, servindo como base para a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade, constituindo-se como limite ao Legislativo. Assim, “consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pós-Constituição de 1988, devido processo substantivo, razoabilidade e proporcionalidade são princípios ou postulados intercambiáveis, fungíveis entre si”.<sup>640</sup>

Entretanto, não há necessidade de utilização, no Direito brasileiro, do devido processo legal substancial para o reconhecimento dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, visto que estes, conforme bem demonstra Humberto Ávila, possuem fundamento nos princípios de liberdade e de igualdade.<sup>641</sup>

Salienta Humberto Ávila que não é correto utilizar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento normativo aos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado “devido processo legal substancial”, visto que “os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo onde não haja qualquer previsão expressa ao “devido processo legal””.<sup>642</sup>

O postulado da proporcionalidade exige, conforme Sérgio Wetzel de Mattos,

que o poder estatal empregue, para a realização dos respectivos objetivos, meios adequados, necessários e proporcionais, quer dizer, (I), que o meio escolhido seja suscetível de promover minimamente a realização do objetivo perseguido (adequação); (II) que a realização do objetivo perseguido não se deixe promover igualmente por meios alternativos, menos restritivos de direitos fundamentais (necessidade); e (III) que a importância da realização do objetivo perseguido realmente justifique a restrição de direitos fundamentais (proporcionalidade em sentido estrito).<sup>643</sup>

---

<sup>640</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92-97.

<sup>641</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 53.

<sup>642</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 57. No mesmo sentido, MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 119, para quem “os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade podem ser aplicados, no direito brasileiro, sem a necessidade de invocar-se o princípio do devido processo substantivo como fundamento constitucional para o controle da razoabilidade e da proporcionalidade das leis e dos atos estatais em geral”.

<sup>643</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 113.

De acordo com Humberto Ávila,

o fundamento normativo do dever de proporcionalidade, nas suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reside, pois, na própria instituição de princípios. Ao instituir um princípio, está-se, ao mesmo tempo, estabelecendo o dever de promovê-lo adequadamente. Desse modo, onde houver um princípio, haverá o dever de adequação. Ao instituir dois princípios, está-se, simultaneamente, prescrevendo o dever de promovê-los sem os restringir desnecessariamente. Assim, onde houver dois princípios, haverá o dever de necessidade. E ao instituir um conjunto de princípios, está-se estabelecendo o dever de mais promovê-los do que restringi-los. Desse modo, onde houver um conjunto de princípios, haverá o dever de proporcionalidade.<sup>644</sup>

Já o postulado da razoabilidade decorreria do dever de igualdade, que exige “que dois ou mais sujeitos ou situações sejam diferenciados em relação a uma finalidade, cuja realização pressuponha o uso de determinado critério que com ela mantenha vínculo de razoabilidade”.<sup>645</sup>

Dessa forma, para Humberto Ávila,

a mera instituição do dever de igualdade já impõe a escolha de critérios razoáveis, assim entendidos aqueles que mantêm uma relação fundada e conjugada de pertinência com a finalidade da diferenciação. O dever de razoabilidade (aqui como exigência de congruência entre critério e fim) decorre, portanto, da própria posituação do princípio da igualdade.<sup>646</sup>

Em razão de todo o exposto, em que se percebe a desnecessidade do princípio do devido processo legal, em uma perspectiva substancial, para cumprir as duas funções que lhe são atribuídas no Direito estadunidense, impõe-se, igualmente, asseverar que não há razão para sua utilização como fundamento para os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade no Direito brasileiro.

Nesse sentido, Humberto Ávila aponta uma tripla inconsistência para o emprego da expressão “devido processo legal substancial”:

Em primeiro lugar, leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao “devido processo legal”, quando seu fundamento reside na posituação dos princípios da liberdade e da igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo

<sup>644</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 52-53.

<sup>645</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 53.

<sup>646</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 53. Consoante Humberto Ávila, trata-se, portanto, da “proteção da igualdade como exigência de tratamento *razoavelmente* isonômico”.

lugar, porque os deveres de proporcionalidade e razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão “devido *processo* legal substancial” para representá-los; em terceiro lugar, porque o “devido processo legal substancial”, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no “devido processo legal procedimental”, quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo.<sup>647</sup>

Percebe-se, pois, que, no Direito brasileiro, não há espaço para a análise do princípio do devido processo legal sob a perspectiva substancial.

## B. Devido processo legal processual

Superada a perspectiva substancial do princípio do devido processo legal, resta claro que o referido princípio somente pode ser visto como devido processo legal processual.<sup>648</sup>

Impõe-se salientar, de imediato, a natureza de princípio do devido processo legal,<sup>649</sup> sendo um princípio unicamente processual, conforme se analisou anteriormente.

Segundo Sérgio Wetzel de Mattos,

o direito fundamental ao devido processo legal compreende a “exigência de *‘fair trial’*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais”. A “boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam” constitui “condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais”.<sup>650</sup>

O princípio do devido processo legal processual corresponderia a uma norma de articulação entre os demais direitos fundamentais de natureza processual, a fim de que, no caso concreto, se contemplem e se harmonizem os direitos fundamentais processuais.

Entretanto, feita a distinção entre as duas perspectivas do direito ao devido processo legal, mesmo restando claro que o princípio somente deve ser

<sup>647</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 57.

<sup>648</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 59: “Que se use o “devido processo legal” apenas com o princípio procedimental”.

<sup>649</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 59.

<sup>650</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 198.



analisado na sua forma processual, certo é que a expressão devido processo legal pode trazer concepções diversas, merecendo críticas por parte de considerável parcela da doutrina processualista.

Para Marinoni e Mitidiero, a expressão “devido processo legal” remete ao “contexto cultural do Estado de Direito, em que o processo era concebido unicamente como um *anteparo ao arbítrio estatal*”, o que não teria mais vez no Estado Constitucional, “que tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo*”. Além do mais, a expressão permite que se procure uma *dimensão substancial*, “quando inexistente a necessidade de pensá-la para além de sua *dimensão processual* no direito brasileiro”.<sup>651</sup>

Percebe-se, pois, que “o direito fundamental do devido processo legal não compreende apenas o direito fundamental ao procedimento legal, ordenado ou regular, mas, além disso, o direito fundamental a um processo justo ou adequado”.<sup>652</sup>

Nesse contexto e pensando-se no real significado do devido processo legal processual, melhor seria tratá-lo como direito ao processo justo. Assim, “deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais”.<sup>653</sup>

No pensamento de Sérgio Wetzel de Mattos, o devido processo legal deve ser interpretado como

o direito fundamental a um processo justo, isto é, o direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, celebrado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que de qualquer forma dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto, e, enfim, destinado à obtenção de uma proteção judicial efetiva.<sup>654</sup>

<sup>651</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 616.

<sup>652</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 194: “Como processo justo ou adequado, o devido processo legal é, em primeiro lugar, um processo materialmente informado por direitos fundamentais, expressos ou implícitos na Constituição. O direito fundamental a um processo justo compreende, portanto, o direito a um processo legal, porém, informado por direitos fundamentais, especialmente direitos fundamentais processuais, como, por exemplo, o contraditório e ampla defesa, o juiz natural, a igualdade das partes, o direito à prova, etc.”.

<sup>653</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 57.

<sup>654</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 172-173.

Portanto, “o dispositivo relativo ao “devido processo legal” deve ser entendido no sentido de um princípio unicamente processual”, tendo a Constituição explicitado “o direito a um processo adequado ou justo”.<sup>655</sup>

Passa-se, portanto, à análise do direito ao devido processo legal processual como direito ao processo justo.

## § 2º. Direito ao processo justo

O art. 5º, LIV, da Constituição Federal, institui, no Direito brasileiro, o direito fundamental ao processo justo, tal qual positivado nas principais constituições ocidentais, salientando-se a constituição italiana, alemã, portuguesa e espanhola, bem como consagrado no plano internacional, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).<sup>656</sup>

O direito fundamental ao processo justo é vinculativo para o Estado Constitucional, possuindo, como destinatários, os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário. “É tarefa de todos os que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delinear-lo e densificá-lo”.<sup>657</sup>

O direito fundamental ao processo justo exige do Estado não apenas uma obrigação de abstenção, mas também uma obrigação prestacional, positiva, devendo “prover condições para o efetivo exercício dos direitos fundamentais”, compreendendo prestações materiais, “normativas, administrativas e judiciais”.<sup>658</sup>

---

<sup>655</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 57.

<sup>656</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 615.

<sup>657</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 617: “O direito ao processo justo é um direito de natureza *processual*. Ele impõe *deveres organizacionais* ao Estado na sua função *legislativa, judiciária e executiva*. É por essa razão que se enquadra na categoria dos direitos à organização e ao procedimento”.

<sup>658</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 148.

O destinatário primeiro do direito fundamental ao processo justo é o legislador, que tem a tarefa de “concretizá-lo mediante a promulgação de normas processuais”,<sup>659</sup> sendo a legislação infraconstitucional

um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. É a forma pela qual esse cumpre com o seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos. As leis processuais não são nada mais nada menos do que concretizações do direito ao processo justo.<sup>660</sup>

O direito fundamental ao processo justo tem, também, como destinatário, o administrador, a quem incumbe o dever de “organizar estruturalmente o Poder Judiciário a fim de capacitá-lo a cumprir com sua função de tutela jurisdicional efetiva dos direitos”.<sup>661</sup>

Por fim, tem, como destinatário, igualmente o Poder Judiciário, impondo-se o direito à interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais pelos órgãos jurisdicionais,<sup>662</sup> devendo o juiz “interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo. O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos”.<sup>663</sup>

É imperioso salientar que o processo justo deve ser compreendido como o processo do Estado Constitucional,<sup>664</sup> que “tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo*

---

<sup>659</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 617.

<sup>660</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 620.

<sup>661</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 620. Ainda, para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, à p. 622, “a atuação do legislador infraconstitucional - mediante elaboração e promulgação de códigos processuais e de leis que tratam de forma exclusiva ou parcial de processo - só pode ser vista como concretização do direito ao processo justo [...] A Constituição - o direito ao processo justo nela previsto - é o *centro* a partir do qual a legislação infraconstitucional deve se estruturar. O direito ao processo justo exerce papel de *centralidade* na compreensão da organização infraconstitucional do processo. É nele que se deve buscar a *unidade* na conformação do processo no Estado Constitucional”.

<sup>662</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 154.

<sup>663</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 617.

<sup>664</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 79-81.

*justo*”,<sup>665</sup> sendo, de suma importância, a existência de um catálogo de direitos fundamentais de conteúdo processual, que visem a

garantir um processo democrático, livre do arbítrio e capaz de alcançar os fins colimados pelo Estado de direito e pela sociedade, via jurisdição [...] tais princípios visam realizar a justiça, permitindo que o processo cumpra as aspirações do direito material.<sup>666</sup>

Desenvolve-se a ideia de processo justo, como um verdadeiro direito fundamental dos jurisdicionados, envolvendo a colaboração de todos no processo civil.

O direito ao processo justo encontra sua origem em uma realidade jurídico-política que não é apenas constitucional e nacional, mas também supranacional e internacional.<sup>667</sup>

Nas constituições europeias de democracia clássica, apenas depois da Segunda Guerra Mundial, as garantias relativas à função jurisdicional e ao processo foram positivadas como fundamentais e invioláveis no contexto dos direitos e das liberdades pessoais do indivíduo. Só com essa rigidez da previsão constitucional, essas garantias adquiriram estabilidade e oponibilidade nos confrontos de qualquer poder ordinário do Estado.<sup>668</sup>

Além das garantias constitucionais processuais, a Constituição italiana positivou, em seu art. 111, que a jurisdição deve ser prestada mediante o justo processo regulado em lei, devendo todo processo se desenvolver em contraditório entre as partes, em condições de paridade, perante um juiz imparcial e respeitando uma duração razoável.<sup>669</sup> Assim, a Constituição italiana consolidou e positivou um conteúdo mínimo do direito ao processo justo.

Conforme salienta Nicolò Trocker, justo não é qualquer processo que se limita a ser regulado no plano formal. Em verdade, justo é o processo que se desenvolve com respeito aos parâmetros fixados nas normas constitucionais e nos

<sup>665</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 616.

<sup>666</sup> PORTO, Sérgio Gilberto, e USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38-39.

<sup>667</sup> TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LV, n. 2, 2001, p. 386.

<sup>668</sup> TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LV, n. 2, 2001, p. 382.

<sup>669</sup> TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LV, n. 2, 2001, p. 381.

valores divididos pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, no contraditório entre todos os interessados e em um tempo razoável.<sup>670</sup>

Para Comoglio, uma garantia de justiça substancial impõe considerar como devido não qualquer processo que se limite a ser regulado sob o plano formal pela *Law of the land*, mas sim um processo que seja intrinsecamente *equo e giusto*, em conformidade com parâmetros éticos e morais aceitos pelo comum sentimento da sociedade em qualquer época e país, capaz de realizar uma efetiva justiça imparcial, fundada na razão.<sup>671</sup>

Sob essa ótica, Comoglio trata de uma moderna instrumentalidade do processo, que procura preservar não apenas os escopos e perfis técnicos, mas também os aspectos éticos do procedimento judiciário, exigindo-se que as garantias formais do procedimento não sejam vistas como um fim em si mesmas, mas concorram para um resultado decisório coerente com os valores de igualdade substancial e de justiça procedimental.<sup>672</sup>

Salienta Daniel Mitidiero que “processo justo, na verdade, constitui, antes de tudo, processo substancializado em sua estrutura íntima mínima pela existência de direitos fundamentais”.<sup>673</sup>

Deve-se assegurar aos direitos inalienáveis da pessoa humana uma adequada proteção jurídica contra qualquer opressão ou tirania. Deve-se, outrossim, incluir, no catálogo de direitos inalienáveis, uma sintética noção de “processo *equo e giusto*”, integrada pela combinação das garantias processuais mínimas, comuns a qualquer forma de exercício das funções jurisdicionais. Por essas razões, deve-se prever uma adequada possibilidade de tutela ou de remédio efetivo para qualquer violação de direitos fundamentais, reconhecidos nas normas constitucionais e internacionais.<sup>674</sup>

<sup>670</sup> TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LV, n. 2, 2001, p. 386.

<sup>671</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LII, n. 3, 1998, p. 899.

<sup>672</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LII, n. 3, 1998, p. 899-900. Sobre o tema, sugere-se COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del “giusto processo”**. Torino : Giappichelli, 2004.

<sup>673</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

<sup>674</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, 1991, p. 683.

Para Andrea Proto Pisani, em apertada síntese, o núcleo forte e ineliminável da garantia do justo processo envolve o direito de as partes poderem influenciar no convencimento do juiz, pela necessidade de reconhecer às partes os poderes de ação e defesa, os poderes instrutórios, o direito de discussão escrita ou oral quando a causa estiver madura para decisão, pela provocação pelo juiz da discussão das partes sobre questões de direito ou de fato que podem ser apreciadas de ofício pelo julgador e pela possibilidade de a parte sucumbente, diante de um provimento jurisdicional, impugnar a decisão perante um júízo diverso.<sup>675</sup>

Acerca do conteúdo do justo processo, Comoglio trata de um modelo internacional de garantias constitucionais do processo, que incluiria, com alguma variação, os componentes essenciais de igualdade entre as partes perante o juiz, a independência, imparcialidade e a pré-constituição por lei dos órgãos judiciais, a publicidade das audiências e das decisões judiciais, a duração razoável do processo, a efetividade do acesso à justiça, sem qualquer discriminação subjetiva, o contraditório e a defesa técnica em júízo, e o direito à prova.<sup>676</sup>

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “é possível identificar um “núcleo forte ineliminável”, um “conteúdo mínimo essencial” sem o qual seguramente não se está diante de um processo justo. O direito ao processo justo conta, pois, com um *perfil mínimo*”.<sup>677</sup>

Em primeiro lugar, do ponto de vista da “divisão de trabalho” processual, o processo justo é pautado pela *colaboração* do juiz para com as partes. *O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões.* Em segundo lugar, constitui processo capaz de *prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva*, em que as partes participam em pé de *igualdade* e com *paridade de armas*, em *contraditório*, com *ampla defesa*, com *direito à prova*, perante *juiz natural*, em que todos os seus pronunciamentos são *previsíveis, confiáveis e motivados*, em procedimento *público*, com *duração razoável* e, sendo o caso, com direito à *assistência jurídica integral* e formação de *coisa julgada*.<sup>678</sup>

<sup>675</sup> PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena. **Rivista di Diritto Civile**, anno XLVIII, 2002, p. 266-267.

<sup>676</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, 1991, p. 689.

<sup>677</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 618.

<sup>678</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 618-619: “A observância dos *elementos* que compõem o *perfil mínimo* do direito ao processo justo são os *critérios* a partir dos quais se pode aferir a *justa estruturação do processo*. O *processo justo depende da observância de seus elementos estruturantes*. A aferição da justiça do processo mediante a *verificação pontual* de cada um de seus

A característica mais saliente do modelo internacional de justo processo, fundada no *due process of law* anglo-americano,<sup>679</sup> é a atenção à efetividade dos remédios judiciais. A simples previsão de um remédio concreto qualifica a abstrata existência de qualquer direito. A concretização dos direitos e das liberdades fundamentais não teria nenhum sentido se não fosse acompanhada da predisposição de um sistema, o mais eficiente possível, de meios jurisdicionais de tutela.<sup>680</sup>

Assim, deve-se ter em conta o caso concreto, a fim de que se tenha uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, levando em consideração o direito material em conflito.

A bem da verdade, “não é possível definir em abstrato a cabal conformação do direito ao processo justo”, tendo em vista que se está diante de uma cláusula geral, eis por que estabelece “um termo indeterminado no seu suporte fático e não comina consequências jurídicas à sua violação”.<sup>681</sup>

Sob tal aspecto, em que pese o direito ao processo justo contar com um perfil mínimo, não se pode desconsiderar a “influência que o *direito material* exerce na concepção da *finalidade* do processo e na *conformação* de sua organização técnica”, sendo que “o direito material *projeta a sua especialidade* sobre o processo, imprimindo-lhe feições a ele aderentes”.<sup>682</sup>

No magistério de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

o *conteúdo mínimo* de direitos fundamentais processuais que confluem para a organização de um processo justo *não implica finalidade comum a todo e qualquer processo, tampouco obriga à idêntica e invariável estruturação técnica*. Pelo contrário, o direito ao processo justo requer para sua concretização *efetiva adequação do processo ao direito material* - adequação da tutela jurisdicional à tutela do direito [...] *O processo sofre o influxo do direito material, que polariza a sua finalidade e determina a sua estruturação*. Isso não retira, contudo, a necessidade de observância de balizas mínimas de justiça processual na sua conformação.<sup>683</sup>

---

elementos é *método* recorrente na jurisprudência. Trata-se de *meio objetivo* de controle de justiça processual”.

<sup>679</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LII, n. 3, 1998, p. 936.

<sup>680</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, 1991, p. 733.

<sup>681</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 618.

<sup>682</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 619-620.

<sup>683</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 620.

Nesse contexto, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa, em razão do “caráter essencialmente principiológico dos direitos fundamentais, que só se pode determinar o que se entende por processo justo levando-se em conta as circunstâncias peculiares do caso”.<sup>684</sup>

Deve-se perceber a fórmula do justo processo como

una “fondamentale indicazione di metodo”, consistente nella necessità di porre le varie garanzie costituzionali in relazione le une con le altre e soprattutto in rapporto di interdipendenza con le insopprimibili esigenze di efficienza dell’apparato giudiziario.<sup>685</sup>

Um processo será justo quando viabilizar a síntese relacional entre os diversos direitos fundamentais processuais, quando se desenvolver com todos os direitos fundamentais processuais, sem os quais um processo não se qualifica como um *due process of law*.<sup>686</sup>

Conforme salienta Luigi Paolo Comoglio, o direito fundamental do indivíduo a um processo *equo e giusto* não se cristaliza, nem tampouco se exaure, em garantias isoladas, mas se baseia sob uma necessária coordenação das diversas garantias concorrentes.<sup>687</sup>

Seguindo esse raciocínio, salienta Humberto Ávila que,

podendo haver problemas de coordenação, conhecimento e controle relativamente a quais são os elementos que podem ser dele deduzidos, o constituinte não apenas incluiu na Constituição um dispositivo a respeito do “devido processo legal”, como, ainda, fez constar vários daqueles elementos que dele deveriam ser deduzidos: juiz natural (art. 5º, XXXVII), imparcial (art. 95), ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV), motivação (art. 93, IX), publicidade (art. 5º, LX, art. 93, IX), proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI).

Assim, entende Humberto Ávila que o devido processo legal deve ser compreendido como um princípio unicamente procedimental, ascendendo a uma

<sup>684</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**, 2. ed., rev. e acresc. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 274

<sup>685</sup> GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LXIII, n. 1, 2009, p. 166.

<sup>686</sup> TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LV, n. 2, 2001, p. 385.

<sup>687</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, 1991, p. 687: “Il diritto fondamentale dell’individuo ad un processo equo e giusto non si cristallizza, né tantomeno si esaurisce, in garanzie singole, ma si basa sul necessario coordinamento di più garanzie concorrenti”.



posição de sobreprincípio, rearticulando essas diversas garantias processuais constitucionais.<sup>688</sup>

Indispensável, para a concretização de um processo justo, a existência de um eficaz sistema de direitos fundamentais de natureza processual, que se relacionem, harmonicamente, a fim de proteger os direitos, incluídos no patrimônio fundamental e inalienável da pessoa humana, estabelecendo a necessária instrumentalidade da relação entre direito e processo.<sup>689</sup>

Para Luigi Paolo Comoglio, são identificados diversos direitos públicos subjetivos aventados como condição mínima e insuprimível de um processo justo, tratando-se de condições necessárias para uma justa resolução das controvérsias.<sup>690</sup>

Indubitavelmente, a observância e a relação entre garantias processuais constitucionais é essencial para a obtenção de decisões justas, visto que estas somente poderão advir de processos justos.<sup>691</sup>

Consoante Daniel Mitidiero, o desiderato precípua do processo do Estado Constitucional

está em alcançar a justiça no caso concreto sob discussão, pautando-se o discurso e legitimando-se a decisão pela observância e promoção dos direitos fundamentais (tanto materiais como processuais). No plano da ética, a colaboração entre aqueles que participam do processo pressupõe absoluta e recíproca lealdade entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes, a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta de conduta principal no processo civil do Estado Constitucional.<sup>692</sup>

<sup>688</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008, p. 59: “considerando que nossa Constituição prevê, expressamente, vários elementos que poderiam ser dele deduzidos, além daquelas funções, o princípio do devido processo legal, nesse passo na qualidade de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos”.

<sup>689</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. I modelli di garanzia costituzionale del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, 1991, p. 676-677.

<sup>690</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LII, n. 3, 1998, p. 895: “identificano, in termini contenutistici, altrettanti diritti pubblici subiettivi, aventi per oggetto le condizioni minime e insopprimibili di un processo *giusto* (vale a dire: l'imparzialità e l'indipendenza del giudice “naturale” preconstituito per legge; l'eguaglianza delle parti e la “parità delle armi” nel giudizio; i poteri di azioni e difesa) o, se si preferisce, le condizioni necessarie e sufficienti per una *giusta* risoluzione delle controversie, nell'ambito di quel *giusto* processo”.

<sup>691</sup> MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 41.

<sup>692</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 20.

Segundo Sérgio Wetzel de Mattos, para o formalismo valorativo, o que importa é a “organização de um processo justo”, informado pelos valores da efetividade e da segurança jurídica e voltado para a realização da justiça do caso concreto e a pacificação social. A justiça do caso e a pacificação social são os escopos do processo.<sup>693</sup>

Conforme ressalta Michele Taruffo, três são os critérios para uma decisão justa, quais sejam a correta escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso, o *accertamento* fidedigno dos fatos relevantes para o caso e o emprego de um procedimento válido e justo. Assim, haveria a necessidade do respeito e cumprimento dos três requisitos para que se pudesse qualificar uma decisão como justa; nenhum deles é, pois, por si só, suficiente.<sup>694</sup>

A observância do processo justo é necessário para a obtenção de uma decisão justa, mas não suficiente, demandando também a correção na escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso concreto, bem como necessitando da reconstrução, tão completa quanto possível, dos fatos relevantes da causa.

De acordo com Sergio Chiarloni, o processo é justo à medida que é estruturado para garantir, dentro das possibilidades, a justiça do resultado. Há uma relação direta entre o justo processo e a justiça do resultado.<sup>695</sup>

A decisão justa, no caso concreto, é a finalidade precípua de um processo justo, marcado pela cooperação entre os sujeitos da relação processual, “desiderato que se acomete ao processo no Estado Constitucional, no marco teórico do formalismo-valorativo, regido em todo o seu arco procedimental pela ideia de cooperação”.<sup>696</sup>

---

<sup>693</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 134.

<sup>694</sup> TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n. 2, 1997, p. 319-321.

<sup>695</sup> CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LXII, n. 1, 2008, p. 145-146.

<sup>696</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114. Para PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 212-213, “unico parametro per commisurare la “giustizia” della sua decisione è rappresentato dal fatto che egli giunge alla decisione solo all’esito di un determinato procedimento: fino a ieri, un “processo”; oggi, un “giusto processo”. Con il richiamo alla “giustizia” del processo si intende sottolineare che non è sufficiente l’osservanza formale delle regole processuali, ma occorre recuperare l’aspetto etico, oltre che logico, del processo, a cominciare dal comportamento leale delle parti”.

Por todo o exposto, pode-se identificar, no direito ao processo justo, a harmonização e articulação dos direitos fundamentais, integrantes de um Direito Processual Constitucional, servindo como o núcleo para o estudo da Teoria Geral do Processo, aplicável a todos os ramos do Direito Processual, jurisdicionais ou não.

## PARTE II

### A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL

Na primeira parte do trabalho, abordou-se a necessidade de um Direito Processual Eleitoral, tendo em vista a segurança jurídica, as fases metodológicas do Direito Processual e a Teoria Geral do Processo.

Passa-se, agora, à instrumentalização do Direito Processual Eleitoral. Para tanto, primeiramente, serão mostrados exemplos que denotam uma inconsistência desse ramo do Direito Processual (Título I), tendo em vista a insegurança legislativa (Capítulo I) e a insegurança jurisprudencial (Capítulo II). Impõe-se destacar que nem todos os *topoi* trazidos serão de Direito Processual, abordando-se, também, temas de Direito Material, especialmente diante do caráter sincrético da matéria.

Posteriormente, serão apresentadas alternativas de *construção* de um verdadeiro Direito Processual Eleitoral (Título II), seja a partir da legislação, com a sistematização legislativa (Capítulo I), distinguindo-se a consolidação normativa (Seção I) da codificação (Seção II), seja por intermédio da doutrina (Capítulo II), com a utilização de ferramentas conceituais (Seção I) e constitucionais (Seção II).

Tanto a *construção* legislativa, quanto a construção doutrinária são imprescindíveis para o estudo do conjunto de normas e instituições que organizam e controlam as contendas eleitorais, no que tange ao *rule making*, referente ao estabelecimento e definição das regras do jogo eleitoral, e no que toca ao *rule adjudication*, que dispõe sobre o *contencioso* eleitoral e a administração dos litígios porventura existentes.<sup>697</sup>

---

<sup>697</sup> MARCHETTI, Vitor. Governança eleitoral: o modelo brasileiro de justiça eleitoral. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, v. 51, Rio de Janeiro, 2008, p. 867.

## **TÍTULO I. DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL?**

A segurança jurídica é da essência do próprio Direito, não se podendo conceber um ordenamento jurídico que careça de segurança e certeza, devendo-se buscar a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

São perceptíveis, no Direito em geral, duas fontes de insegurança jurídica: insegurança legislativa (Capítulo I) e jurisprudencial (Capítulo II). E tais fontes de insegurança restam ainda mais evidentes quando se fala em Direito Eleitoral e, sobretudo, em Direito Processual Eleitoral.

Aliás, o que se percebe é a ausência de um maior desenvolvimento do Direito Processual Eleitoral, conforme será mostrado adiante, tendo como base a carência de segurança jurídica nessa seara.

### **CAPÍTULO I. INSEGURANÇA LEGISLATIVA**

Um dos grandes fatores de insegurança jurídica é a instabilidade legislativa, fruto da inflação normativa existente, em que são cada vez mais comuns leis efêmeras, com pouco grau de abstração e com qualidade técnica duvidosa.

Trata-se de uma característica de nosso ordenamento jurídico como um todo, mas que ganha ainda mais relevo quando se examina o Direito Eleitoral, em razão da constante alteração das leis eleitorais e da realização de *minirreformas eleitorais*, ocorridas especialmente no período compreendido no art. 16 da Constituição (Seção I), da função normativa da Justiça Eleitoral (Seção II) e da ausência de codificação e de sistematização da legislação eleitoral (Seção III).

Todas essas circunstâncias ensejam uma situação de insegurança jurídica do Direito Eleitoral e do Direito Processual Eleitoral. Este sofre com a instabilidade legislativa, com o excesso de normatização, agravado pelas resoluções da Justiça Eleitoral, com as alterações legislativas ocorridas às portas dos prélios eleitorais e com a existência de textos normativos esparsos, que não

possuem consolidação e, tampouco, sistematização, especialmente quando se fala em Direito Processual Eleitoral, em que se limita o corpo legislativo a previsões esparsas de meros ritos procedimentais. Isso quando não há apenas a denominação de uma tutela processual eleitoral sem que sequer se tenha estabelecido um rito procedimental para a ação.

## **SEÇÃO I. Ausência de estabilidade legislativa**

A legislação eleitoral brasileira, historicamente e desde os tempos do Império, não possui estabilidade, visto que, muito embora o advento da

Lei 9.504/97, a primeira da história brasileira aprovada com vigência indeterminada (até então havia uma para cada eleição, assim como antes havia instruções para cada eleição), as sucessivas alterações de seu texto permitem afirmar que nos domínios eleitorais ainda vigora um lamentável casuísmo.<sup>698</sup>

Anteriormente à Lei n. 9.504/97, a chamada Lei das Eleições, havia a previsão de normatizações específicas para cada eleição sem a mínima estabilidade legislativa no tempo.

Assim, por exemplo, os pleitos eleitorais de 1991, 1993 e 1995 foram regidos pelas chamadas "Leis do Ano", Leis 8.214/91, 8.713/93 e 9.100/95, previstas, pontualmente, para cada eleição.<sup>699</sup>

Com a Lei das Eleições, imaginou-se conferir maior estabilidade legislativa para o Direito Eleitoral, tendo uma normatização que seria aplicável a todas as eleições vindouras.

Contudo, não há uma sistematização ou uma codificação eleitoral única, havendo diplomas eleitorais esparsos, como o Código Eleitoral, a Lei dos Partidos Políticos, a Lei das Inelegibilidades e a própria Lei das Eleições, isso sem considerar os dispositivos constitucionais que tratam da matéria. Ademais, a

---

<sup>698</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 277.

<sup>699</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 112.

própria Justiça Eleitoral possui uma função normativa, expedindo resoluções com autonomia, abstratividade, generalidade e impessoalidade.

E, mesmo com todo esse manancial legislativo esparso e com esse poder normativo da Justiça Eleitoral, o Poder Legislativo, periodicamente, a cada eleição geral, realiza alterações legislativas, seja por meio das chamadas *minirreformas eleitorais*, seja por outras inovações legislativas, via de regra, no período compreendido no art. 16 da Constituição, o que traz cristalina insegurança jurídica. Isso faz com que o Direito Eleitoral, muitas vezes, não seja *cognoscível*, por não se saber qual lei será aplicável ao pleito; nem *confiável*, pela ausência de estabilidade e durabilidade do ordenamento jurídico e pela retroatividade das normas; tampouco *calculável*, por não se ter um mínimo de previsibilidade no presente, acerca dos efeitos que serão atribuídos pelo Direito no futuro.

Para que não se faça um apanhado histórico muito extenso, o presente estudo limitar-se-á às alterações legislativas eleitorais ocorridas nas últimas três eleições gerais, em 2006, 2010 e 2014, apesar de algumas das inovações não terem sido aplicadas à referida eleição em razão do princípio da anterioridade. Nessa seção, haverá limitação também em relação aos atos normativos emanados do Congresso Nacional, visto que as normatizações da Justiça Eleitoral serão enfrentadas na Seção II.

## § 1º. Eleições gerais de 2006

No que tange ao pleito eleitoral de 2006, duas foram as principais alterações introduzidas pelo Congresso Nacional: a Lei n. 11.300/2006, conhecida como *minirreforma eleitoral*, e a Emenda Constitucional n. 52, atinente à verticalização das coligações.

A Emenda Constitucional n. 52/2006 veio como resposta do Legislativo a uma consulta do Tribunal Superior Eleitoral, em que se estabeleceu a verticalização das coligações a partir das eleições de 2002, tendo decidido a Justiça Eleitoral que "os partidos políticos que ajustarem coligação para eleição de presidente da República não poderão formar coligações" em âmbito estadual "com

outros partidos políticos que tenham, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato à eleição presidencial".<sup>700</sup>

Destarte, o Congresso Nacional promulgou, em 08 de março de 2006, a EC n. 52, que deu nova redação ao art. 17, § 1º, da Constituição,<sup>701</sup> permitindo ampla autonomia aos partidos políticos no entabulamento das coligações. Tratou-se de clara inovação em relação às eleições de 2002, menos de sete meses antes do pleito eleitoral.

Por tal razão, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.685/DF, afastou a aplicação da Emenda Constitucional n. 52 para as eleições gerais de 2006, em razão de que o ato normativo fora promulgado no período compreendido pelo art. 16 da Constituição.

Destino distinto foi dado para a Lei n. 11.300, de 10 de maio de 2006, que alterava, substancialmente, a Lei das Eleições, inovando, especialmente, em matéria atinente à propaganda eleitoral, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais.

O propósito da inovação legislativa era tornar as campanhas eleitorais mais baratas, proibindo-se, por exemplo, os seguintes meios de propaganda eleitoral: *outdoor*, showmício, confecção e distribuição de brindes de campanha, tais como bonés, camisetas, porta-títulos, e a veiculada em bens públicos, como postes de energia elétrica. Também, aumentou a fiscalização e a transparência na arrecadação, nas despesas eleitorais e na prestação de contas, destacando-se o disposto no art. 30-A, que introduziu a previsão de captação e gastos ilícitos de recursos, tipificando o famigerado "Caixa 2".

A *minirreforma eleitoral* de 2006, em que pese ter sido promulgada menos de cinco meses antes das eleições gerais, foi considerada plenamente aplicável ao prélio eleitoral daquele ano, no julgamento da ADI 3.741/DF.<sup>702</sup>

---

<sup>700</sup> TSE - Resolução 21.002/2002 - Rel. Min. Garcia Vieira - j. 26/02/2002. Nesse sentido se os partidos "A" e "B" tivessem diferentes candidatos à presidência da República eles não poderiam estar coligados na eleição para o governo do estado.

<sup>701</sup> § 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.

<sup>702</sup> A única exceção foi o dispositivo relativo à vedação de divulgação de pesquisas eleitorais nos 15 dias anteriores ao pleito, que foi considerado inconstitucional pelo STF em razão do "direito à informação livre e plural como valor indissociável da idéia de democracia".



Muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado aplicável a Lei n. 11.300/2006 às eleições gerais do mesmo ano, não há dúvidas de que a referida lei alterava, sim, o *processo eleitoral*, tendo em vista que, nesse *iter* temporal, estão compreendidas as atividades de propaganda eleitoral e de financiamento e prestação de contas de campanha.

Percebe-se, por conseguinte, que as eleições de 2006 foram pautadas pela insegurança jurídica decorrente de alteração da Lei das Eleições poucos meses antes do pleito, em afronta ao disposto no art. 16 da Constituição e pelas dúvidas que foram suscitadas em relação à verticalização das coligações.

## § 2º. Eleições gerais de 2010

A situação não foi diferente nas eleições de 2010, que, igualmente, foram palco de controvérsias legislativas em razão de alterações significativas ocorridas às portas do processo eleitoral.

O caso mais emblemático foi o da Lei Complementar n. 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, que alterou, substancialmente, a disciplina das inelegibilidades no Direito Eleitoral brasileiro, afetando direito político fundamental, referente à capacidade eleitoral passiva: o direito de ser votado.

Conforme será melhor analisado na Seção II do Capítulo II, o Supremo Tribunal Federal, após a realização do pleito, considerou a LC n. 135/2010 não aplicável às eleições daquele ano, tendo em vista que alterava o *processo eleitoral*, aplicando-se o disposto no art. 16 da Constituição. E a insegurança acerca do conteúdo da legislação eleitoral a ser aplicada às eleições de 2010 foi ainda maior em razão de que o Tribunal Superior Eleitoral havia entendido que a *novel* legislação seria, sim, aplicável ao prélio.

Inegável, portanto, a insegurança jurídica que envolveu o pleito de 2010, visto que, quando das eleições, se entendia aplicável uma legislação que, posteriormente, foi afastada daquele certame. E a norma em comento simplesmente disciplinava as inelegibilidades, que dispõem sobre quem pode e quem não pode concorrer, afetando os atores principais da contenda eleitoral.

Mas a instabilidade legislativa, em 2010, não se limitou à Lei da Ficha Limpa, visto que, como sói acontecer, aquela eleição também foi marcada por uma *minirreforma eleitoral*: a Lei n. 12.034/2009, que alterou dispositivos da Lei dos Partidos Políticos, do Código Eleitoral e da Lei das Eleições.

Pelo menos, em relação a essa lei, não houve discussão acerca de sua eficácia ou não para as eleições de 2010, já que cumpriu o princípio da anterioridade, tendo sido publicada pouco mais de um ano antes do pleito, em 29 de setembro de 2009.

Dentre as inovações dessa *minirreforma eleitoral*, pode-se destacar as seguintes normas protetivas das mulheres: reserva de percentual do fundo partidário para a criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, obrigação de destinação de tempo de propaganda partidária em rádio e televisão para promover e difundir a participação política feminina e imposição do preenchimento de, no mínimo, 30% e, no máximo, 70% das vagas em eleições proporcionais para candidaturas de cada sexo.

Outra relevante modificação se deu pela inclusão dos §§ 7º a 11 ao art. 11 da Lei n. 9.504/97, que deu nova interpretação ao conteúdo da certidão de quitação eleitoral, que passou a abranger "exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remetidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral". A alteração do significado de quitação eleitoral será melhor analisada quando da função normativa da Justiça Eleitoral, tendo em vista que a atuação legislativa foi uma resposta à mudança de entendimento do TSE sobre o tema.

A *minirreforma eleitoral* do pleito de 2010 trouxe outras tantas e relevantes inovações, alterando dispositivos legais que versavam sobre escolha de candidatos, registro de candidaturas, financiamento de campanhas, propaganda eleitoral, disciplinando, por exemplo, a propaganda na internet, infrações eleitorais e limitação do poder regulamentar da Justiça Eleitoral.

A bem da verdade, as alterações foram tantas e com tamanho significado e abrangência, que se pode considerar, amplamente reformulada, a Lei das Eleições após a Lei n. 12.034/2009.

Percebe-se, assim, novamente, a insegurança jurídica que assolou o pleito de 2010, seja em razão das significativas alterações legislativas, seja - e principalmente - em razão de que, quando da eleição, sequer se sabia quais candidatos realmente estavam elegíveis e quem teria ou não o registro definitivamente deferido, o que suscitou muitas dúvidas acerca da correlação de forças e da composição dos parlamentos em todo o Brasil.

### § 3º. Eleições gerais de 2014

Por fim, as eleições de 2014 também foram pautadas por dúvidas jurídicas quanto à legislação a ser aplicada, tendo sido publicadas duas alterações legislativas no período inferior a um ano do pleito: Lei n. 12.875/2013 e Lei n. 12.891/2013. Ao fim e ao cabo, antes mesmo do prélio, o TSE, em conformidade com o art. 16 da Constituição, entendeu por não aplicar os diplomas legislativos às eleições de 2014, embora tenha mesclado alguns dos dispositivos da Lei n. 12.891/2013 em suas resoluções eleitorais. De qualquer sorte, passa-se a uma breve análise das inovações legislativas que serão aplicadas, pela primeira vez, nas eleições de 2016.

A Lei n. 12.875/2013 inovou pouco no ordenamento jurídico eleitoral, alterando a Lei dos Partidos Políticos em relação ao funcionamento parlamentar em razão da fusão ou incorporação de partidos e à distribuição do fundo partidário, e a Lei das Eleições no tocante ao horário eleitoral gratuito (propaganda eleitoral em rádio e televisão). Anteriormente à reforma, o tempo de propaganda era, assim, distribuído: um terço *igualmente* entre todos os partidos e coligações que tivessem candidatos ao pleito eleitoral e dois terços, divididos *proporcionalmente*, ao número de representantes eleitos para a Câmara dos Deputados. Com a modificação, passou a ser distribuído na razão de dois terços *proporcionalmente* ao número de representantes eleitos para a Câmara dos Deputados e, do um terço restante, dois terços *proporcionalmente* ao número de representantes na Câmara dos Deputados e um terço *igualmente* a todos os partidos e coligações que tivessem candidato.

Na prática, portanto, a redação original da Lei das Eleições estabelecia a divisão do horário eleitoral gratuito na ordem de 2/3 do tempo *proporcionalmente* ao tamanho dos partidos e 1/3 *igualmente*, passando, com a nova redação, a distribuir o horário eleitoral gratuito em rádio e televisão na ordem de 8/9 *proporcionalmente* ao tamanho dos partidos políticos e 1/9 de forma *igualitária*, o que, inequivocamente, viola, sobremaneira, a igualdade de oportunidade entre os candidatos.<sup>703</sup>

Para que se tenha ideia do impacto, em uma eleição municipal, cujo horário eleitoral gratuito por bloco é de 30 minutos, se fossem 10 os candidatos à prefeitura, cada um teria, fruto da divisão *igualitária*, um minuto de propaganda em rádio e televisão por bloco. Agora, nesse mesmo contexto, a divisão *igualitária* assegurará apenas 20 segundos. Assim, um candidato a prefeito por um partido que não tenha eleito nenhum deputado federal e que, portanto, não participe da distribuição *proporcional* do horário eleitoral gratuito, terá apenas 20 segundos por bloco para a sua propaganda eleitoral em rádio e televisão.

Já, a Lei n. 12.891/2013, como não poderia ser diferente, ficou conhecida também como *minirreforma eleitoral*. Em sua ementa, a referida legislação pretende a redução de custo das campanhas eleitorais, alterando e revogando dispositivos da Lei das Eleições, da Lei dos Partidos Políticos e do Código Eleitoral.

Dentre as modificações, pode-se salientar a alteração na ação conhecida como *Recurso Contra Expedição de Diploma*, a diminuição em dois dias do período de convenções para escolha dos candidatos, que passa a ser de 12 a 30 de junho do ano eleitoral, e a mudança em normas atinentes ao financiamento de campanhas e à propaganda eleitoral, em que se destaca a proibição de propaganda por meio de cavaletes.

Porém, conforme referido, as inovações legislativas foram consideradas, às vésperas do início da eleição propriamente dita, não aplicáveis ao pleito de 2014, produzindo efeitos a partir da disputa de 2016, se, até lá, não sofrerem novas modificações.

---

<sup>703</sup> Sobre o tema, ler PAIM, Gustavo Bohrer; LO PUMO, Caetano Cuervo. Democracia, igualdade de oportunidades e o horário eleitoral gratuito: a nova redação do art. 47, § 2º, incisos I e II da Lei n. 9.504/97. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 63-82.

De todo o exposto, percebe-se que, a cada eleição geral, ocorrem inovações na legislação eleitoral, sendo, ao menos, publicada uma *minirreforma eleitoral*, o que macula a segurança jurídica, em decorrência da instabilidade legislativa do Direito Eleitoral. Como se não bastasse, a própria aplicação ou não da lei ao pleito é matéria recorrente, a trazer uma mitigação da cognoscibilidade do Direito, por sequer serem previamente conhecidas as normas que, de fato, regerão aquela disputa.

De qualquer sorte, a instabilidade *legislativa* no Direito Eleitoral não se limita às normas emanadas do Poder Legislativo, tendo em vista a função *normativa* da Justiça Eleitoral.

## SEÇÃO II. Função normativa da Justiça Eleitoral

Cada um dos três poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário - possui uma função precípua, mas eles exercem, de forma atípica, a função dos outros poderes, em razão "de conveniência política, de tradição constitucional e de eficiência prática".<sup>704</sup>

Dessa forma, por exemplo, todos os três administram seus próprios quadros: o Executivo legisla com suas medidas provisórias, o Legislativo julga, como na hipótese de crime de responsabilidade de presidente e vice-presidente da República, e o Judiciário legisla em seus regimentos internos.

A Justiça Eleitoral integra o Poder Judiciário, conforme se percebe nos arts. 93, V, e 118 e seguintes da Constituição. Todavia, as funções da Justiça Eleitoral não se limitam à atividade jurisdicional, possuindo, também, função administrativa, consultiva e normativa.<sup>705</sup>

---

<sup>704</sup> LEAL, Vítor Nunes. Funções normativas de órgãos judiciários. **Revista de Direito Administrativo**, n. VI, 1946, p. 327.

<sup>705</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 266. Salientam os autores a constitucionalidade do exercício eventual da função normativa da Justiça Eleitoral, mesmo sem previsão expressa da Constituição, tendo em vista que "nem todas as funções - típicas e atípicas - de cada poder constam textualmente na Constituição". Ademais, trata-se de construção histórica, sendo a Justiça Eleitoral "um órgão eleitoral, que para dar sustentação a sua função precípua (conduzir, assegurar, concretizar e conferir o processo eleitoral) carece englobar atuações múltiplas, tais como administrativa, jurisdicional, consultiva e normativa".

Tais funções da Justiça Eleitoral decorrem da grandiosidade necessária para a realização das eleições, especialmente no Brasil, que possui um dos maiores cadastros eleitorais do mundo, sendo complexa e longa a lista de suas atividades.<sup>706</sup>

No tocante à função jurisdicional, ressalta-se que, no Brasil, há um controle jurisdicional das eleições, podendo-se destacar o julgamento das controvérsias atinentes aos registros de candidaturas quando de sua impugnação, a apuração de infrações eleitorais como abuso de poder, captação ilícita de sufrágio, condutas vedadas e captação e gastos ilícitos de recursos, a análise da ilicitude das propagandas eleitorais e as demandas que buscam desconstituir os diplomas concedidos pela Justiça Eleitoral. É extenso o rol de tutelas judiciais confiadas ao julgamento da Justiça Eleitoral.

Em relação à função administrativa, são muitas as atribuições e responsabilidades da Justiça Eleitoral, tendo em vista a administração de um cadastro eleitoral de mais de 140 milhões de eleitores, em que há de se cuidar do alistamento, da distribuição em seções eleitorais, do registro dos partidos políticos, da homologação de candidaturas (quando não há uma impugnação de registro de candidatura a demandar uma atividade jurisdicional), a realização da eleição propriamente dita, com a distribuição das urnas eletrônicas, o recrutamento de mesários, a contagem e a divulgação dos resultados, isso sem olvidar a análise da contabilidade dos partidos e dos candidatos.<sup>707</sup>

Já, a função consultiva concerne à resposta a consultas formuladas por partidos e autoridades públicas sobre matéria eleitoral, estando disposta a competência do Tribunal Superior Eleitoral no art. 23, XII, e a dos Tribunais Regionais, no art. 30, VIII, ambos do Código Eleitoral. Não se trata de atividade jurisdicional, porque as consultas são formuladas em abstrato, não havendo análise de nenhum caso concreto, além de as respostas não possuírem qualquer efeito vinculante em relação aos órgãos da Justiça Eleitoral.<sup>708</sup>

---

<sup>706</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 273-277.

<sup>707</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 274-275.

<sup>708</sup> Para COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**, 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 36-37, há força normativa decorrente das respostas dadas pelos Tribunais Eleitorais às consultas, o que "resulta de uma postura de coerência, pois não teria sentido

É tão grande a importância da função consultiva da Justiça Eleitoral que foi, dessa forma, que o TSE expediu a Resolução n. 215, de 1945,<sup>709</sup> de relatoria do Ministro Antônio Sampaio Dória, e investiu o Parlamento Nacional, que seria eleito naquele ano, de poder constituinte originário, viabilizando a Assembleia Nacional Constituinte, que votou a Constituição de 1946.<sup>710</sup>

Como regra, as consultas não possuem natureza normativa, em que pese, no mais das vezes, serem expedidas sob a forma de Resolução.<sup>711</sup> Contudo, casos existem em que os próprios Tribunais atribuem o caráter normativo, como se pode perceber, por exemplo, da Consulta acerca da fidelidade partidária.<sup>712</sup>

A possibilidade de consultas com força normativa é reconhecida pela doutrina eleitoralista, salientando Tito Costa que a Justiça Eleitoral, ao responder às consultas, em tese, exerce atividade normativa e regulamentar.<sup>713</sup>

Não obstante a importância das funções administrativa, jurisdicional e consultiva, o objeto do presente estudo cinge-se à função normativa da Justiça Eleitoral.

## § 1º. Origem e base legal da função normativa

O comando das eleições, no Brasil, desde o advento da Justiça Eleitoral, em 1932, foi confiado a um ramo especializado do Poder Judiciário.<sup>714</sup>

uma resposta num determinado sentido que viesse a ser alterada pelo próprio Tribunal quando se lhe apresentarem questões idênticas".

<sup>709</sup> TSE - Resolução 215 - Rel. Min. Antônio Sampaio Dória - j. 02/10/1945.

<sup>710</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 14. Percebe-se que a Constituição de 1946 somente foi viabilizada a partir do exercício de função consultiva pelo TSE.

<sup>711</sup> Deve-se atentar à alteração do art. 25, § 3º, do Regimento Interno do TSE, decorrente da Resolução n. 23.308/2010, de lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, que reservou a denominação resolução apenas para as "decisões decorrentes do poder regulamentar do Tribunal e nas hipóteses em que o Plenário assim o determinar, por proposta do relator". Nesse sentido, as respostas às consultas que não decorrerem da função regulamentar da Justiça Eleitoral não são mais formalizadas como *resolução*.

<sup>712</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 134.

<sup>713</sup> COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35-36.

<sup>714</sup> Conforme COSTA, Tailaine Cristina. Justiça Eleitoral e sua competência normativa. **Paraná Eleitoral**, n. 1, v. 2, 2013, p. 107, anteriormente ao advento da Justiça Eleitoral, o controle do processo eleitoral era realizado pelo Poder Legislativo, sendo inegável a maior segurança a partir da

Ocorre que a Constituição limita-se "a arrolar os órgãos da Justiça Eleitoral e a estabelecer uma parcela da competência jurisdicional do Tribunal Superior Eleitoral". Não vai além, remetendo ao legislador, consoante disposto no art. 121, "a tarefa de, por lei complementar, dar as atribuições daquela justiça especializada". Assim, diante da não edição da lei complementar, foi o Código Eleitoral de 1965 recepcionado como tal, para fins de organização e competência da Justiça Eleitoral, estando ali a previsão da função normativa.<sup>715</sup>

Aliás, a função normativa da Justiça Eleitoral, desde sua origem, não é exercida "por outorga direta da Constituição, mas mediante lei autorizada pelo texto constitucional".<sup>716</sup>

E isso ocorre desde o nascedouro da Justiça Eleitoral brasileira, tendo previsão original no Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, primeiro Código Eleitoral brasileiro.<sup>717</sup>

Em seu art. 14, I e IV, o Código Eleitoral previa, dentre as atribuições do Tribunal Superior Eleitoral, a elaboração de seu regimento interno e dos Tribunais Regionais e a fixação de "normas uniformes para aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias".

Portanto, desde a instauração da Justiça Eleitoral no Brasil, existe a previsão dessa função regulamentar, que se manteve nos Códigos Eleitorais subsequentes. Não foi diferente, pois, com a Lei n. 48, de 04 de maio de 1935, que modificou o Código Eleitoral, mas que manteve, em seu art. 13, "b" e "p", a competência do Tribunal Superior Eleitoral para a elaboração de seu regimento interno e a expedição das instruções necessárias para a aplicação das leis eleitorais e realização de eleições.

Tal previsão se manteve absolutamente intacta no Decreto-Lei n. 7.586, de 28/05/1945,<sup>718</sup> que, em seu art. 9º, "a" e "g", estabeleceu a competência

---

realização e do controle pelo Poder Judiciário, em razão do interesse dos membros do Poder Legislativo.

<sup>715</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 271.

<sup>716</sup> LEAL, Vítor Nunes. Funções normativas de órgãos judiciários. **Revista de Direito Administrativo**, n. VI, 1946, p. 355.

<sup>717</sup> Conforme LEAL, Vítor Nunes. Funções normativas de órgãos judiciários. **Revista de Direito Administrativo**, n. VI, 1946, p. 357, "a justiça eleitoral autônoma foi organizada no Brasil, pela primeira vez, com o Código Eleitoral de 1932, que teve em vista atender aos velhos e insistentes reclamos contra a lisura e veracidade dos nossos pleitos", buscando-se retirar o processo eleitoral do arbítrio dos governos e da influência do caciquismo local. O reconhecimento constitucional veio após, com o advento da Constituição de 1934.



do Tribunal Superior Eleitoral para a elaboração de seu regimento interno e dos Tribunais Regionais e para a expedição das instruções que julgar convenientes para a execução do referido decreto. Além do mais, em seu art. 144, o diploma legislativo atribuiu ao TSE a possibilidade de expedir "instruções para facilitar o alistamento ex-officio e para a melhor compreensão da presente lei, regulando os casos omissos".

Também, o Código Eleitoral de 1950, Lei n. 1.164, de 24 de julho, em seu art. 12 "a" e "t", manteve a competência do Tribunal Superior Eleitoral para a elaboração de seu regimento interno e para a expedição das instruções que julgar convenientes para a execução do Código Eleitoral.

E essa histórica previsão normativa também se faz presente em nosso atual Código Eleitoral, Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, que, em seu art. 1º, parágrafo único, e art. 23, I e IX, manteve a competência do TSE para a elaboração de seu regimento interno e para a expedição das instruções que julgar convenientes para a fiel execução do Código Eleitoral.

Posteriormente, em 1988, foi editada a Lei n. 7.664, de 29 de junho, estabelecendo as normas para a realização das eleições municipais de 15 de novembro daquele ano, tendo sido, novamente, prevista a função normativa da Justiça Eleitoral, consoante disposição dos arts. 38 e 39.<sup>719</sup>

As Leis Eleitorais chamadas "Leis do Ano", disciplinadas, pontualmente, para cada eleição, antes do advento da Lei das Eleições, igualmente, mantiveram a previsão da força normativa da Justiça Eleitoral, conforme se pode perceber das Leis n. 8.214/91, 8.713/93 e 9.100/95.<sup>720</sup>

A previsão da função normativa, na Justiça Eleitoral, atualmente, encontra-se positivada, além dos arts. 1º, parágrafo único, e 23, I e IX, do Código

---

<sup>718</sup> Consoante COSTA, Tailaine Cristina. Justiça Eleitoral e sua competência normativa. **Paraná Eleitoral**, n. 1, v. 2, 2013, p. 102, esse Decreto restabeleceu a Justiça Eleitoral, que fora extinta pela Constituição de 1937.

<sup>719</sup> Art. 38. O Tribunal Superior Eleitoral - TSE expedirá instruções para o fiel cumprimento desta lei, inclusive adaptando, naquilo em que ela for omissa, aos dispositivos constitucionais, as regras para as eleições deste ano.

Art. 39. O Tribunal Superior Eleitoral - TSE poderá complementar o disposto nesta lei, através de Instrução Normativa, sobretudo para cumprimento do que for estabelecido na nova Constituição Federal a ser promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte.

<sup>720</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 112.

Eleitoral, no art. 105 da Lei das Eleições e no art. 61 da Lei n. 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos).<sup>721</sup>

O entendimento jurisprudencial segundo o qual a Justiça Eleitoral possui função normativa, também é histórico, podendo-se referir à Resolução n. 6.390, de 13 de novembro de 1959, em que o TSE, sob a presidência do Ministro Nelson Hungria, e tendo, como Relator, o Ministro Ildefonso Mascarenhas da Silva, respondeu à Consulta 1.745/AM, expressando, em sua ementa, que "o Tribunal Superior Eleitoral tem poder normativo na expedição de instruções para fiel execução das leis eleitorais".<sup>722</sup>

A Constituição não estabelece, diretamente, a competência normativa da Justiça Eleitoral. No entanto, em seu art. 121, positiva que a "Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais". Na ausência de dita Lei Complementar, entende-se que o Código Eleitoral de 1965 foi recepcionado pela Constituição, na parte atinente à organização e à competência da Justiça Eleitoral, como Lei Complementar, em que pese seja Lei Ordinária.<sup>723</sup>

Esse também foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.604/DF,<sup>724</sup> em que a Relatora, Ministra Cármen Lúcia, expressamente, afirmou que o Código Eleitoral, na parte em que disciplina a organização e competência da Justiça Eleitoral, foi recepcionado pela Constituição de 1988 "como lei material complementar".

Impõe-se salientar que nunca houve um questionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da competência do Tribunal Superior Eleitoral para expedir resoluções autônomas.<sup>725</sup>

Nesse sentido, assevera Manoel Carlos de Almeida Neto que nunca "o STF declarou vício de inconstitucionalidade formal por ausência de atribuição do

---

<sup>721</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 118-123, refere que "o poder regulamentar da Justiça Eleitoral brasileira encontra paralelo em outros países, sempre com o mesmo objetivo de organizar, executar e regulamentar as eleições livres e justas", merecendo destaque o Uruguai e a Costa Rica.

<sup>722</sup> TSE - Resolução 6.390/AM - Rel. Min. Ildefonso Mascarenhas da Silva - j. 13/11/1959.

<sup>723</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 114. Nesse sentido, também MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13873.

<sup>724</sup> STF - MS 26.604/DF - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 04/10/2007.

<sup>725</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 115.

TSE para expedir atos regulamentares normativos, impregnados de abstratividade, generalidade e impessoalidade".<sup>726</sup>

Muito antes, pelo contrário. Basta ver o acórdão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 26.603,<sup>727</sup> relativo à fidelidade partidária, em que se decidiu que o Tribunal Superior Eleitoral, "no exercício da competência normativa que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, pode, validamente, editar resolução destinada a disciplinar o procedimento de justificação, instaurável perante órgão competente da Justiça Eleitoral", estruturando o rito procedimental da ação cabível. Dessa forma, o próprio STF incentivou o exercício do poder normativo do TSE que culminou na Resolução n. 22.610/2007, a Resolução da Fidelidade Partidária.

Embora se tenha discorrido, até aqui, sobre a evolução histórica da função normativa exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral, tal função também é, excepcionalmente, reconhecida aos Tribunais Regionais.

Os Tribunais Regionais Eleitorais possuem, consoante disposto no art. 30, I, do Código Eleitoral, a competência para elaborar seus regimentos internos e, com fulcro no art. 30, XVI, a competência para "cumprir e fazer cumprir as decisões e instruções do Tribunal Superior". Com base nessas competências, "têm expedido resoluções para viabilizar eleições suplementares, ordenadas pelo Tribunal Superior, geralmente em processos de execução de julgado que tramitam na presidência da Corte", salientando-se, no entanto, que, em tese, trata-se, efetivamente, de competência meramente *regulamentar*, limitando-se ao cumprimento de decisões do TSE.<sup>728</sup>

Porém, a prática demonstra que as resoluções normativas também podem ser editadas pelos Tribunais Regionais, havendo, inclusive, precedentes do Supremo Tribunal Federal que reconhecem o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra tais atos normativos, como se percebe da medida

---

<sup>726</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 115.

<sup>727</sup> STF - MS 26.603 - Rel. Min. Celso de Mello - j. 04/10/2007. Da mesma forma, agiu o STF no julgamento do RE 197.917/SP, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, julgado em 06/06/2002.

<sup>728</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 113. Para o autor, "falece competência aos TREs para expedir resoluções de caráter normativo". Contudo, na prática, alguns Tribunais Regionais expedem resoluções não apenas de forma regulamentar, inovando efetivamente em termos normativos.

cautelar na ADI 2.279/SC,<sup>729</sup> relator Ministro Celso de Mello, e da medida cautelar na ADI 4.018/GO,<sup>730</sup> da relatoria do Ministro Eros Grau.

Nesse estado da arte, Manoel Carlos de Almeida Neto acentua que "o STF reconhece o poder normativo das resoluções emanadas da Justiça Eleitoral, seja do TSE, seja dos Tribunais Regionais Eleitorais".<sup>731</sup>

Os Tribunais Regionais têm exercido efetiva função normativa quando da expedição de Resoluções que disciplinam pleitos suplementares para a prefeitura, em decorrência da anulação de mais de 50% dos votos, em virtude da cassação de candidato e da anulação de seus votos. Essas resoluções "possuem densidade normativa suficiente para escaparem do rótulo de regulamentar".<sup>732</sup>

Portanto, não há dúvidas de que os Tribunais Regionais, quando das resoluções que disciplinam eleições suplementares, exercem, "em maior ou menor grau, uma fatia de inovação normativa", a questionar a tradicional concepção de que somente o Tribunal Superior Eleitoral exerce função normativa.<sup>733</sup>

## § 2º. Função regulamentadora e função normativa

Primeiramente, destaca-se a dificuldade atinente à pesquisa sobre a função normativa da Justiça Eleitoral, tendo em vista "que o tema é pouco pesquisado na doutrina", não havendo referenciais teóricos muito seguros na matéria.<sup>734</sup>

E, não obstante a utilização indiscriminada do termo *normativo*, a histórica previsão legislativa atribui à Justiça Eleitoral uma função ou um poder *regulamentar*. A tradição do Direito Eleitoral brasileiro, contudo, a partir da previsão

---

<sup>729</sup> STF - ADI-MC 2.279/SC - Rel. Min. Celso de Mello - j. 20/09/2000.

<sup>730</sup> STF - ADI-MC 4.018-GO - Rel. Min. Eros Grau - j. 13/02/2008.

<sup>731</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.

<sup>732</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 290.

<sup>733</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 291.

<sup>734</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13873.

dessa função dita regulamentadora, fez com que a doutrina eleitoralista reconhecesse uma verdadeira função normativa da Justiça Eleitoral.<sup>735</sup>

Para Vítor Nunes Leal, entretanto, em artigo publicado em 1946, a competência do Tribunal Superior Eleitoral era a "de expedir normas complementares da legislação eleitoral", sendo, portanto, competência regulamentar, "sem dúvida de segundo grau".<sup>736</sup>

Esse também é o entendimento de Ernani Contipelli, para quem a competência do TSE consistiria

em um poder meramente regulamentar (ato normativo secundário), destinado única e exclusivamente a possibilitar a fiel concretização dos dizeres previstos no Código Eleitoral, não tendo qualquer titularidade jurídica para introduzir direito novo em nosso ordenamento jurídico positivo.<sup>737</sup>

Já, Tito Costa reconhece que a Justiça Eleitoral "possui competência normativa ou regulamentar, e, até mesmo, de certa forma, legislativa", que é exercida pelo Tribunal Superior Eleitoral.<sup>738</sup>

Para Elaine Harzheim Macedo, "não há que se confundir *poder regulamentador* com *poder normativo*".<sup>739</sup>

Ocorre que, muito embora sejam distintas a mera e usual função regulamentar e a excepcional função normativa, o próprio TSE acaba utilizando-as como termos sinônimos, o que resta claro na recente modificação de seu Regimento Interno, que dispõe, no art. 25, § 1º, sobre *resoluções normativas*, para após, em seu § 3º, tratá-las como resoluções decorrentes do *poder regulamentar do Tribunal*.<sup>740</sup> E tal situação não é diferente na doutrina.<sup>741</sup>

<sup>735</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

<sup>736</sup> LEAL, Vítor Nunes. Funções normativas de órgãos judiciários. **Revista de Direito Administrativo**, n. VI, 1946, p. 356.

<sup>737</sup> CONTIPELLI, Ernani. Princípio da anualidade (ou anterioridade) eleitoral. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 66, 2009, p. 206.

<sup>738</sup> COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**, 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

<sup>739</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13875-13876.

<sup>740</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 276.

<sup>741</sup> Assim, para ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 112, "a função normativa da Justiça Eleitoral é aquela exercida pelo TSE, no uso de seu poder regulamentar, por meio de regulamentos autônomos e independentes impregnados de abstratividade, impessoalidade e generalidade, com força de lei ordinária federal.

Elaine Macedo e Rafael Morgental apontam que a doutrina eleitoralista, em geral, tenta inserir a função normativa na função regulamentar da Justiça Eleitoral, seja por tratá-la como mera atividade interpretativa da lei, como ato normativo secundário e subordinado à lei, ou por reconhecer força de lei, mas que, com ela, não se confunde, tendo em vista uma dependência hierárquica. O mesmo ocorre com a jurisprudência do TSE, como se percebe de trecho do voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, na Consulta n. 715, que originou a Resolução 21.002,<sup>742</sup> de 26 de fevereiro de 2002, atinente à verticalização das coligações, em que constou, expressamente, tratar-se de "competência normativa, mas de hierarquia infralegal".<sup>743</sup>

No exercício da função *regulamentar*, "a Justiça Eleitoral produz regulamentos com o objetivo de instrumentalizar a aplicação da legislação eleitoral", não podendo "o manejo do poder regulamentar [...] ir de encontro às definições legais", tratando-se de "poder infralegal, porque decorrente da própria legislação eleitoral que o prevê".<sup>744</sup>

Na regulamentação das eleições, a Justiça Eleitoral expede as chamadas *Instruções*, o conteúdo material do ato emanado, que se revestem da forma de *Resoluções*. Em que pesem os termos serem, usualmente, empregados como sinônimos, impõe-se asseverar que Instrução é o ato, enquanto que Resolução é a sua forma jurídica.<sup>745</sup>

Dessa maneira, a cada dois anos, são expedidas instruções eleitorais pelo Tribunal Superior Eleitoral, para disciplinar eleições gerais e eleições municipais, atualmente, com fulcro no art. 23, IX, do Código Eleitoral e art. 105 da Lei 9.504/97, possuindo força de lei, consoante jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.<sup>746</sup>

---

Por essas características, esses regulamentos são aptos a instaurar o controle abstrato de constitucionalidade, concentrado no STF".

<sup>742</sup> TSE - Resolução 21.002/DF - Rel. Min. Garcia Vieira - j. 26/02/2002.

<sup>743</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 276-277.

<sup>744</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 275-276.

<sup>745</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 276.

<sup>746</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 124. Destaca o autor, às p. 168-170, que as instruções eleitorais devem ser

As instruções eleitorais, em sua ampla maioria, limitam-se a reproduzir a esparsa legislação eleitoral, apenas realizando sua consolidação e sistematização, além de incluir a orientação jurisprudencial consolidada do TSE. Entretanto, não são poucos os exemplos em que o TSE, utilizando-se de sua função normativa, extrapola e inova em relação ao arcabouço legislativo existente.<sup>747</sup>

Importante salientar que as instruções que normatizam o pleito eleitoral devem ser publicadas até o dia 05 de março do ano da eleição.<sup>748</sup>

Ocorre que, a partir das previsões legislativas acerca da expedição de instruções eleitorais pelo TSE, este "passou, eleição a eleição, a expedir *Resoluções* que muitas vezes vão além do simples poder regulamentador, entrando em esferas tipicamente de produção legislativa (criação de direito)". Paulatinamente, foi passando de poder regulamentador para verdadeiro *poder normatizador*.<sup>749</sup>

Acerca da tipologia das resoluções eleitorais, Manoel Carlos de Almeida Neto as identifica, de forma hierárquica, em resoluções normativas, regulamentares, contenciosas-administrativas e consultivas.<sup>750</sup>

As resoluções *normativas* possuem "conteúdo de ato normativo, abstrato, genérico e impessoal", tendo, portanto, "força de lei em sentido material" e, como ato normativo primário, podem ser "objeto de controle abstrato de constitucionalidade no STF".<sup>751</sup>

---

precedidas de audiência pública, em que poderão ser ouvidos os delegados ou representantes dos partidos políticos, consoante previsão do art. 105 da Lei das Eleições. Na prática, o Tribunal Superior Eleitoral permite a participação não apenas de representantes de partidos, sendo costumeira a presença de entidades da sociedade civil. A realização de audiências públicas permite a aproximação da Justiça Eleitoral com a sociedade, o que é de suma importância para o aprimoramento da atividade regulamentar e normativa.

<sup>747</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133.

<sup>748</sup> Contudo, diante das alterações legislativas referidas na Seção I, não é incomum a necessidade de o TSE expedir instruções após esse prazo, a fim de contemplar as novas previsões normativas, como ocorreu nas eleições de 2006. Impõe-se destacar, no entanto, que o art. 16 da Constituição preceitua que as normas que alterarem o processo eleitoral não serão aplicadas às eleições que ocorrerem dentro do prazo de um ano da vigência da norma. Assim, caso a instrução eleitoral seja fruto de efetiva função normativa da Justiça Eleitoral, como ato normativo primário, dever-se-ia respeitar o princípio da anualidade ou anterioridade eleitoral.

<sup>749</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13875.

<sup>750</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 149.

<sup>751</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 149.

Já, as resoluções *regulamentadoras* são atos normativos secundários que apenas regulamentam a matéria eleitoral, não sendo passíveis de arguição de ação direta de inconstitucionalidade, conforme se percebe das ADI 2.243/DF<sup>752</sup> e 2.626/DF.<sup>753 754</sup>

A resolução de natureza *contenciosa-administrativa* enseja uma decisão que produz efeitos apenas *inter partes*, como ocorre quando da alteração de estatuto de partido político, remoção de servidor, prestação de contas partidárias, dentre outras hipóteses.<sup>755</sup>

Por fim, existem as resoluções *consultivas*, que emanam de resposta à consulta em abstrato formulada por partido político ou autoridade, não possuindo efeito vinculante, sendo excepcional a hipótese de resoluções consultivas com natureza de ato normativo primário.<sup>756</sup>

Sobre as resoluções, importante a alteração procedida no regimento interno do TSE, com a alteração da redação do art. 25, § 3º, que, em sua redação antiga, dispunha que as decisões "contenciosas-administrativas e as de caráter normativo" seriam lavradas "sob o título de resolução", enquanto que a nova redação, decorrente da Resolução 23.308/2010,<sup>757</sup> de lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, reservou a denominação *resolução* apenas para as "decisões decorrentes do poder regulamentar do Tribunal e nas hipóteses em que o Plenário assim o determinar, por proposta do relator".<sup>758</sup>

A partir dessa modificação do regimento interno do TSE, reserva-se o título de resolução apenas para decisões que decorram da função normativa da Justiça Eleitoral, não se utilizando mais tal denominação para decisões meramente administrativas ou consultivas.<sup>759</sup>

Ressalte-se que, no uso do poder regulamentador, a Justiça Eleitoral, com fulcro nas previsões legais dos arts. 23, IX, do Código Eleitoral, 105, da Lei

---

<sup>752</sup> STF - ADI 2.243/DF - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 16/08/2000.

<sup>753</sup> STF - ADI 2.626/DF - Rel. Min. Sydney Sanches - j. 18/04/2004.

<sup>754</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 154.

<sup>755</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 155-156.

<sup>756</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 156.

<sup>757</sup> TSE - Resolução 23.308/DF - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 02/08/2010,

<sup>758</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157-158.

<sup>759</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 159.



das Eleições e 61, da Lei dos Partidos Políticos, "regula o processo eleitoral (no sentido lato) 'da lei para baixo', mas sempre vinculado à lei", o que resta autorizado pelo ordenamento jurídico. O problema surge a partir da existência de "*vácuo normativo por omissão legislativa*", oportunidade em que o Tribunal Superior Eleitoral tem exercido seu *poder normativo*.<sup>760</sup>

No exercício de seu poder regulamentar, o TSE, usualmente, realiza a compilação da legislação eleitoral, tendo em vista a existência de inúmeros dispositivos normativos esparsos, sendo tratadas as resoluções como verdadeira legislação eleitoral. No entanto, quando a Justiça Eleitoral inclui, para além da mera compilação e sistematização legislativa, sua jurisprudência, bem como quando inova "em relação ao que o legislador previu (ou não previu, no caso de omissão), o TSE avança e produz atos normativos primários, que visivelmente escapam do poder regulamentar, configurando autêntico poder normativo".<sup>761</sup>

Nesse passo, o exercício do poder normativo instaura inovação no ordenamento jurídico, fazendo lei no sentido material, não se confundindo com a mera função regulamentadora. Conforme salientam Elaine Macedo e Rafael Morgental, "do poder normativo resultam atos normativos primários, e assim temos as leis, o decreto autônomo do Presidente da República e (como aqui defendido) algumas resoluções da justiça eleitoral", que são atos com força de lei, muito embora não sejam lei em sentido formal por não decorrerem do devido processo legislativo. Já, "do poder regulamentar nascem apenas atos normativos secundários".<sup>762</sup>

E não se pode negar que, em inúmeras oportunidades, a Justiça Eleitoral já adentrou "na seara de criação do direito em abstrato, utilizando-se do poder regulamentador e transmudando-o para poder normatizador", no mais das vezes, em razão de situação fática que demandava tal atuação.<sup>763</sup>

---

<sup>760</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13876-13877.

<sup>761</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 276.

<sup>762</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 278.

<sup>763</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13877.

É histórica a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, atribuindo força de lei para suas resoluções, conforme se percebe do Recurso Especial Eleitoral 1.943/RS, de 24 de abril de 1952.<sup>764</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também reconhece a força de lei federal às resoluções emanadas do Tribunal Superior Eleitoral, admitindo-se, inclusive, a possibilidade de impugnação por ação direta de inconstitucionalidade,<sup>765</sup> podendo-se ressaltar a ADI 3.345/DF,<sup>766</sup> em que se afirmou que a resolução guerreada possuía qualificação de ato normativo, estando "impregnada de autonomia jurídica e revestida de suficiente densidade normativa".<sup>767</sup>

Diante das constantes inovações *normativas* realizadas pela Justiça Eleitoral, o Congresso Nacional procedeu à modificação do texto do art. 105 da Lei das Eleições, que estabelecia, em sua redação original, que, "até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral expedirá todas as instruções necessárias à execução desta Lei, ouvidos previamente, em audiência pública, os delegados dos partidos participantes do pleito", e que passou, por força da Lei n. 12.034, de 2009, a dispor que,

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.

Como se percebe, o Poder Legislativo, insatisfeito com a histórica e consagrada função normativa da Justiça Eleitoral, tentou estabelecer limites para essa função, que deveria ter caráter meramente regulamentar e não poderia restringir direitos e nem estabelecer sanções distintas das previstas na Lei das Eleições.

Trata-se de uma clara fricção existente entre o Poder Legislativo e a Justiça Eleitoral, em que aquele tenta limitar o poder desta à mera função

---

<sup>764</sup> TSE - REspe 1.943/RS - Rel. Min. Pedro Paulo Penna e Costa - j. 24/04/1952.

<sup>765</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 126.

<sup>766</sup> STF - ADI 3.345/DF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 25/08/2005.

<sup>767</sup> Na ementa do acórdão, constou expressamente que a resolução assumirá qualificação de ato normativo quando houver "(a) coeficiente de generalidade abstrata, (b) autonomia jurídica, (c) impessoalidade, e (d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes".

regulamentar, produzindo atos normativos secundários, e não à função normativa, em que produz atos normativos primários. Ocorre que a função normativa da Justiça Eleitoral é exercida, via de regra, como uma resposta do Poder Judiciário à inércia do Poder Legislativo.

Há uma cristalina crise da democracia representativa, o que tem se percebido mundo afora e que não é diferente no Brasil.<sup>768</sup> Há claros questionamentos econômicos e sociais apresentados pelos cidadãos, materializados nos inúmeros movimentos orquestrados pela sociedade, podendo-se destacar o *Occupy Wall Street* americano, o 15-M espanhol e o movimento de junho de 2013, ocorrido no Brasil. As instituições estão sendo questionadas, o que fica ainda mais evidente em relação ao Poder Legislativo, que parece estar sofrendo de uma falta de legitimação social.

Somam-se a isso todas as dificuldades inerentes à atividade legislativa, em que interesses pessoais, conflitos corporativos, fidelidade a grupos de interesse e pressões exercidas pelo Poder Executivo tornam quase inviável a normatização atinente ao processo eleitoral, havendo uma tendência à manutenção da situação existente, com poucas inovações, mormente em relação a temas mais polêmicos e que possam trazer algum perigo para o projeto de reeleição dos parlamentares. A bem da verdade, as atuais regras que disciplinam o processo eleitoral beneficiam ou, ao menos, não prejudicam nossos congressistas, tendo em vista que lá estão em razão de eleição disciplinada pelas normas hoje existentes. Assim, as *reformas legislativas* de maior relevo ocorrem, apenas excepcionalmente, tendo em vista eventual pressão popular mais incisiva.<sup>769</sup>

Diante desse quadro, o processo legislativo federal tem-se mostrado insuficiente na seara eleitoral, deixando lacunas que precisam ser preenchidas, sobretudo diante de eleições regulares e periódicas, a cada dois anos, encontrando o ativismo da Justiça Eleitoral ambiente propício para sua atuação.<sup>770</sup>

---

<sup>768</sup> Essa crise de representatividade ficou muito nítida, no Brasil, nos movimentos de junho de 2013, em que era lugar comum a presença de cartazes com a expressão "não me representa".

<sup>769</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13878. Por tais razões, inclusive, a matéria eleitoral acaba sendo mais propícia à alteração por leis de iniciativa popular, conforme se percebe da Lei Complementar 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa.

<sup>770</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13878-13879. Essa atividade normativa da Justiça Eleitoral é criticada por COSTA, Tailaine Cristina. Justiça Eleitoral e sua competência normativa. **Paraná Eleitoral**, n. 1, v. 2, 2013, p. 111, que entende não

Aliás, as eleições são conferidas a um ramo especializado do Poder Judiciário por pairar suspeitas em relação aos outros dois poderes, tendo em vista o nítido interesse, tanto do Legislativo quando do Executivo, no resultado dos pleitos.<sup>771</sup>

Não há dúvidas acerca do caráter extremamente sensível do exercício de uma função normativa pela Justiça Eleitoral. Contudo, muitas das resoluções emanadas do TSE e que inovam, legislativamente, têm intuito "moralizador", cujo conteúdo é muito bem-recebido pela sociedade, especialmente diante da crise de representatividade e da demonização dos políticos e da política. Nesse contexto, é que se percebe uma legitimação social do TSE para o exercício de sua função normativa, tendo em vista o conceito que possui junto à sociedade.<sup>772</sup>

É indubitável que a função normativa não decorre da reputação social do TSE, mas sim, da aceitação constitucional, muito embora não haja uma autorização expressa para tal exercício.<sup>773</sup>

Não são poucos os questionamentos acerca do poder normativo da Justiça Eleitoral, tendo em vista a separação dos poderes e a outorga ao Legislativo da função tipicamente legiferante, que é exercida pelos parlamentares, representantes de uma sociedade plural, em decorrência da democracia representativa. Já, os Ministros do TSE não foram ungidos pelo voto, não exercendo qualquer representação por fruto da soberania popular. Nesse contexto, o que garantiria à função normativa do TSE, exercida por sete ministros, cuja atividade precípua é a jurisdicional, uma melhor qualidade legislativa e maior isenção?<sup>774</sup>

Como se não bastasse, a Constituição estabelece, em seu art. 22, I, a competência privativa da União para legislar sobre Direito Eleitoral, tratando-se,

---

existir competência constitucional para que o TSE expeça resoluções que inovam no mundo jurídico.

<sup>771</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 272.

<sup>772</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 278-279.

<sup>773</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 279.

<sup>774</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 279.

portanto, de competência do Congresso Nacional. Ademais, a legislação poderia ser controlada pela Justiça Eleitoral, em decorrência de sua atividade jurisdicional.<sup>775</sup>

No entanto, para Elaine Macedo e Rafael Morgental,

a defesa do regime democrático e da forma republicana de Estado não é suficientemente realizada pela atividade jurisdicional eleitoral, pois na maioria dos casos em que o TSE buscou combater a manutenção do *status quo* característico dos membros do Poder Legislativo, ele o fez em virtude da inércia do Congresso Nacional. Se a legislação casuística pode sim ser controlada pela jurisdição, o vácuo normativo deliberado não. Neste caso, os atos normativos do TSE funcionam como contrapeso à inércia.<sup>776</sup>

A competência normativa da Justiça Eleitoral não contrasta com a separação de poderes. Até pelo contrário, tendo em vista o sistema de freios e contrapesos, em que tal função serve como um controle ao Poder Legislativo, que não poderia ter arbítrio ilimitado "para definir as regras de eleição de seus próprios membros".<sup>777</sup>

Trata-se da "alternativa possível - dentro da separação de poderes -, e não em ofensa a ela", o reconhecimento do

poder normativo da Justiça Eleitoral como contrapeso ao domínio do poder legislativo sobre as normas eleitorais: uma forma de aprimorar o sistema naquilo que a instância legislativa não tem condições de fazer; e instar o legislador ao movimento, nas situações em que a inércia é benéfica a seus agentes.<sup>778</sup>

<sup>775</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 280. Conforme ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 175-178, é legítima a atividade exercida pelo Poder Judiciário de legislador negativo, mas demanda muita reflexão a atuação como legislador positivo no chamado ativismo judicial.

<sup>776</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 281.

<sup>777</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 281. Segundo os autores, a função normativa da Justiça Eleitoral serve inclusive para controlar a "construção e manutenção de um sistema eleitoral que privilegie os já mandatários", que busque a manutenção do *status quo*, violando a igualdade de oportunidade entre os candidatos. Percebe-se, pois, a justificativa para a existência de uma resposta externa que possibilite "a defesa do eleitor e a igualdade da disputa eleitoral".

<sup>778</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 282.

Não se pode fechar os olhos para o interesse direto e pessoal dos legisladores acerca da legislação eleitoral, que envolve seus próprios direitos políticos fundamentais. Esse fato contribui para a inércia do Poder Legislativo em relação à tão aguardada e decantada *reforma política*,<sup>779</sup> atuando os legisladores apenas em minirreformas cosméticas, com o intuito de dar alguma satisfação aos eleitores, sem, contudo, enfrentar os grandes temas, visto que estes poderiam trazer consequências desconhecidas para os parlamentares e futuros candidatos à reeleição.<sup>780</sup>

É inconteste que a Justiça Eleitoral não se limita a realizar a gestão administrativa das eleições, ou a realizar a sua inerente atividade jurisdicional, tendo uma missão transcendente para a garantia do direito ao sufrágio universal, com a faculdade de normatizar os pleitos eleitorais, a fim de que o processo eleitoral esteja imune à ingerência daqueles que são diretamente interessados no seu resultado.<sup>781</sup>

Destarte, pode-se afirmar que os poderes normativos atribuídos à Justiça Eleitoral decorrem menos de seus méritos, e mais das limitações do próprio Poder Legislativo.<sup>782</sup>

Nesse contexto, é que Elaine Macedo e Rafael Morgental expressam que "o controle do Poder Legislativo em matéria eleitoral pela Justiça Eleitoral" se faz necessário, mesmo não sendo uma solução perfeita, visto que "deve haver algum controle", e que "a Justiça Eleitoral, vista como órgão eleitoral e não apenas

---

<sup>779</sup> Essa expressão *reforma política* parece soar como um pensamento mágico no seio da sociedade. Contudo, urge salientar que não existe apenas *uma* reforma política possível, havendo dezenas de propostas, envolvendo diferentes assuntos, em tramitação nas duas Casas Legislativas federais. Muitas propostas, inclusive, não apenas não poriam fim a problemas políticos e eleitorais, como trariam maiores dificuldades e agravariam defeitos já existentes. Diante da relevância do tema, impõe-se fazer um alerta: se existe - e existe - muito espaço para melhorar nosso sistema político-eleitoral, também existe muito espaço para piorá-lo.

<sup>780</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 282. Para os autores, à p. 291, em matéria eleitoral, "os membros do Poder Legislativo não são árbitros da disputa, e sim jogadores. E uma disputa como a eleitoral dificilmente será justa se alguns largarem com a extrema vantagem de decidirem por completo as regras do jogo".

<sup>781</sup> BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. La facultad reglamentaria de los órganos electorales. **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 3, 2012, p. 287.

<sup>782</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 282.

como jurisdicional, é a instituição brasileira que hoje reúne as melhores condições para fazê-lo".<sup>783</sup>

E, consoante os autores,

indagar sobre a origem do poder é indagar sobre a legitimidade do processo eleitoral. Se a atividade legislativa conduz à criação do Direito, então a própria legitimidade do Direito, em última análise, depende da legitimidade das eleições. E isso não passa apenas pela exatidão do resultado eleitoral, mas adicionalmente pelo modo como foram definidas e aplicadas as regras eleitorais.<sup>784</sup>

A função normativa da Justiça Eleitoral decorre de sua missão de garantir o exercício de direitos políticos, buscando que o resultado das eleições decorra da vontade livre e soberana dos eleitores, propiciando legitimação democrática para os candidatos eleitos.<sup>785</sup>

Insta reconhecer que há limites para a função normativa da Justiça Eleitoral, que não poderia contrariar texto expresso de lei. Havendo previsão legal, o TSE agiria apenas no exercício de sua função regulamentar. Assim, a atuação normativa da Justiça Eleitoral ocorre diante da omissão do Poder Legislativo e do *vácuo jurídico*, promovendo avanços que se fazem necessários.<sup>786</sup>

Trata-se da função mais sensível da Justiça Eleitoral, tendo em vista a excepcionalidade da inovação legislativa pelos Tribunais Eleitorais, devendo as resoluções, para Almeida Neto, serem "expedidas segundo a lei (*secundum legem*) ou para suprimir alguma lacuna normativa (*praeter legem*)", mas não para "contrariar uma lei (*contra legem*)".<sup>787</sup>

Se, posteriormente ao exercício da função normativa da Justiça Eleitoral, o Congresso Nacional legislar em sentido contrário, prevalecerá a lei em relação à resolução do TSE, seja pelo critério temporal, seja em razão da

<sup>783</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 283.

<sup>784</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 268.

<sup>785</sup> BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. La facultad reglamentaria de los órganos electorales. **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 3, 2012, p. 281.

<sup>786</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 283.

<sup>787</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 173. Conforme o autor, à p. 193, mesmo a "atividade regulamentar de suprir lacunas (*praeter legem*) encontra óbvios limites na legislação regente e na Constituição", não sendo recomendável que a justiça Eleitoral inove "em matéria legislativa, criando ou restringindo direitos".

excepcionalidade da função normativa exercida pela Justiça Eleitoral, que terá cumprido seu papel ao provocar a atuação do Poder Legislativo, tirando-o da inércia.<sup>788</sup>

Repise-se que se trata de função atípica da Justiça Eleitoral, que deve possuir caráter excepcional, sendo utilizada com a devida cautela. Entretanto, consoante entendimento de Elaine Harzheim Macedo, a competência normativa do TSE, diante da omissão do Poder Legislativo, "é plena, subordinando-se apenas à Constituição (não há lei que trate da matéria), cuja força normativa autoriza ou ao menos não desautoriza o exercício dessa função atípica". O poder normatizador da Justiça Eleitoral submete-se à jurisdição constitucional, podendo ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade e, quando sobrevier ato normativo posterior emanado do Poder Legislativo, disciplinando a matéria, deverá ser afastada a normatização da Justiça eleitoral.<sup>789</sup>

Dessa forma, o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal controlam o poder normativo da Justiça Eleitoral, tendo aquele alterado a redação do art. 105 da Lei das Eleições,<sup>790</sup> para limitar a força das resoluções eleitorais à atividade meramente regulamentar, e este exercido o controle abstrato de constitucionalidade, apreciando ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face de resoluções eleitorais.<sup>791</sup>

Reitere-se que a Justiça Eleitoral tem se destacado em sua função normativa muito em razão da omissão do Poder Legislativo.<sup>792</sup> Aliás, diante da

---

<sup>788</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 283-284.

<sup>789</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13883-13884.

<sup>790</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 195, destaca que, em razão de a Justiça Eleitoral, muitas vezes, extrapolar o real significado da função normativa, tramitam algumas proposições legislativas no Congresso Nacional para limitar essa atuação, como o PL n. 4673/2009 e o PLC n. 522/2009, da Câmara dos Deputados, que visam a revogar a competência consultiva da Justiça Eleitoral, o PLC n. 111/20011, da Câmara dos Deputados, que propõe a criação de uma "Comissão Especial Mista do Congresso Nacional" para dispor, juntamente com o TSE, "sobre instruções normativas para as eleições, e a PEC n. 03/2011, da Câmara dos Deputados, que permitiria ao Congresso Nacional a sustação de "atos normativos dos outros Poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa".

<sup>791</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 284.

<sup>792</sup> PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.



lacuna constitucional acerca da competência normativa da Justiça Eleitoral, Elaine Harzheim Macedo assevera que "espaço não ocupado, é espaço que se ocupa!"<sup>793</sup>

Não se pode desconsiderar, todavia, que muitos dos atos normativos emanados da Justiça Eleitoral violam a segurança jurídica, surpreendendo os atores do processo eleitoral com mudanças significativas em período inferior a um ano das eleições.<sup>794</sup>

Para demonstrar a relevância da função normativa da Justiça Eleitoral, passa-se à análise de seis exemplos de resoluções eleitorais que inovaram em relação ao arcabouço legislativo existente, gerando fortes repercussões e demandando a análise do Judiciário acerca da constitucionalidade ou não de ditos atos normativos, além de ter, em alguns casos, tirado o Legislativo da inércia que havia ensejado o exercício do poder normativo pelo TSE.<sup>795</sup>

#### A. Fidelidade partidária

Conforme Lewandowski, a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária foi introduzida no Brasil pela Constituição de 1969 que, em seu art. 152, parágrafo único, estabelecia a perda de mandato dos parlamentos para quem, "por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito". A representação para perda do mandato eletivo deveria ser analisada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, devendo-se assegurar o direito de ampla defesa.<sup>796</sup>

Já, em 1985, estando a redemocratização em curso, a Emenda Constitucional n. 24 "conferiu nova redação ao mencionado dispositivo

<sup>793</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13874.

<sup>794</sup> COSTA, Tailaine Cristina. Justiça Eleitoral e sua competência normativa. **Paraná Eleitoral**, n. 1, v. 2, 2013, p. 107.

<sup>795</sup> Dentre os exemplos, serão abordados três casos que ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 179, entende serem inconstitucionais, visto que a Justiça Eleitoral teria extrapolado a previsão legal e constitucional: "(i) verticalização das coligações; (ii) infidelidade partidária como causa de perda de mandato; (iii) invalidação dos votos da legenda".

<sup>796</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Infidelidade partidária e proteção da confiança. **Estudos Eleitorais**, v. 5, n. 1, 2010, p. 13.

constitucional, suprimindo as hipóteses de perda de mandato por infidelidade partidária". No mesmo sentido, foi a Assembleia Constituinte de 1988, ao não incluir, no art. 55 da Constituição Federal, a hipótese de perda de mandato de deputado e senador por infidelidade partidária.<sup>797</sup>

Sob tal normatização constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança 20.927/DF,<sup>798</sup> de 1989, da relatoria do Ministro Moreira Alves, e no Mandado de Segurança 23.405/GO,<sup>799</sup> da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, de 2004, entendeu pertencer o mandato ao parlamentar, e não ao partido, na hipótese de migração de legenda, tendo em vista a ausência de previsão constitucional da fidelidade partidária.

O verdadeiro *turning point*, em que se mudou o entendimento do Judiciário brasileiro e, ao contrário dos precedentes referidos, passou-se a compreender que o mandato pertencia ao partido, e não ao mandatário eleito, teve origem na Consulta 1.398/DF, realizada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas. Na ocasião, a agremiação consulente questionou se os partidos manteriam o mandato de seus filiados eleitos pelo sistema eleitoral *proporcional* que cancelassem sua filiação ou migrassem de grei partidária. O TSE, em 27 de março de 2007, respondendo afirmativamente à consulta, expediu a Resolução n. 22.526,<sup>800</sup> sob a relatoria do Ministro Asfor Rocha, entendendo que o mandato pertencia ao partido.<sup>801</sup>

A consulta foi formulada em razão de que os partidos de oposição, especialmente PSDB e PFL, acabaram perdendo um considerável número de parlamentares após as eleições gerais de 2006,<sup>802</sup> tendo em vista a derrota na

<sup>797</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Infidelidade partidária e proteção da confiança. **Estudos Eleitorais**, v. 5, n. 1, 2010, p. 14.

<sup>798</sup> STF - MS 20.927/DF - Rel. Min. Moreira Alves - j. 11/10/1989. No julgado, o STF entendeu que, "em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos", o silêncio da Constituição e da lei torna inaplicável o princípio da fidelidade partidária.

<sup>799</sup> STF - MS 23.405/GO - Rel. Min. Gilmar Mendes - j. 22/03/2004. No julgamento, o STF entendeu, por unanimidade, que o princípio da fidelidade partidária seria inaplicável, visto que a hipótese não foi colocada entre as causas de perda de mandato do art. 55 da Constituição.

<sup>800</sup> TSE - Resolução 22.526/DF - Rel. Min. Cesar Asfor Rocha - j. 27.03.2007.

<sup>801</sup> Ressalta MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13880, que o Tribunal Superior Eleitoral se entendeu competente para responder à consulta mesmo após as eleições, sob o fundamento de que a migração partidária de parlamentares eleitos "alterava o resultado prático das eleições, em desrespeito à vontade popular manifestada nas urnas, tratando-se, portanto de matéria respeitante ao processo eleitoral".

<sup>802</sup> Segundo o relator, dos 513 deputados federais eleitos em outubro de 2006, 36 haviam abandonado suas siglas partidárias. Outro dado relevante constante do voto do relator é de que

eleição presidencial e os atrativos que eram ofertados por partidos da base de sustentação do Governo Federal. Na verdade, os parlamentares situacionistas costumam ter maiores facilidades para a liberação das famigeradas emendas parlamentares individuais ao orçamento, obtendo nítida vantagem em relação aos oposicionistas. Nesse contexto, diante da dificuldade de ser um parlamentar de oposição, muitos migraram de agremiação partidária.

A realidade fática existia, não tendo sido enfrentada pelo Legislativo. Por tal razão, o Poder Judiciário, provocado, tratou da matéria com os mecanismos que eram oferecidos pelo ordenamento jurídico.<sup>803</sup> E a resposta dada pelo TSE baseou-se no fato de que, no sistema *proporcional*, os votos dos eleitores são atribuídos às legendas partidárias, razão pela qual seria "permitido afirmar, sem margem de erro, **que os candidatos eleitos o são com os votos do Partido Político**" (grifo no original).<sup>804</sup>

De imediato, resta claro que a consulta formulada - e a resposta proferida - deu-se em relação ao sistema eleitoral proporcional, não abrangendo o sistema majoritário.

A partir da resolução do Tribunal Superior Eleitoral, os partidos protocolaram requerimentos administrativos na Câmara dos Deputados, requerendo que o então presidente, Deputado Arlindo Chinaglia, declarasse a vacância dos mandatos dos parlamentares que cancelaram a filiação ou cambiaram de sigla, em razão da infidelidade partidária. Diante do indeferimento dos pedidos, os partidos impetraram mandados de segurança no Supremo Tribunal Federal contra o ato de autoridade do Presidente da Câmara dos Deputados.<sup>805</sup>

Foram impetrados, perante o STF, os Mandados de Segurança 26.602,<sup>806</sup> da relatoria do Ministro Eros Grau, 26.603,<sup>807</sup> de lavra do Ministro Celso

---

apenas 31 dos 513 deputados federais, o que correspondia a 6,04%, "alcançaram por si mesmos o quociente eleitoral".

<sup>803</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13880-13881.

<sup>804</sup> Em seu voto, o Ministro Cesar Peluso fez constar algumas exceções, em que haveria a possibilidade de desfiliação sem perda de mandato, como a "mudança significativa de orientação programática do partido" e "comprovada perseguição política dentro do partido que abandonou".

<sup>805</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 138.

<sup>806</sup> STF - MS 26.602/DF - Rel. Min. Eros Grau - j. 04/10/2007.

<sup>807</sup> STF - MS 26.603/DF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 04/10/2007.

de Mello, 26.604,<sup>808</sup> da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, e 26.890,<sup>809</sup> da relatoria do Ministro Celso de Mello.

No julgamento dos mandados de segurança, o Supremo Tribunal Federal referendou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, reconhecendo o caráter partidário dos mandatos eletivos obtidos pelo sistema *proporcional*, salientando a importância dos partidos como instância democrática e do sistema proporcional como direito das minorias e evidenciando o desrespeito ao postulado democrático pela infidelidade partidária. Entretanto, no mérito, o STF houve por bem não conceder a segurança, tendo em vista que os parlamentares haviam se desfilado em data anterior à resposta da consulta pelo TSE e, em virtude da impossibilidade, em sede de mandado de segurança, de os demandados exercerem, amplamente, o direito de defesa e contraditório, não tendo oportunidade de justificarem as razões da mudança de partido, o que violaria o devido processo legal.

Na decisão, o Supremo instou o Tribunal Superior Eleitoral a expedir resolução que disciplinasse a matéria, especialmente no tocante ao procedimento de justificação, em que poderiam ser comprovadas as "justas causas" que, excepcionalmente, legitimariam a mudança de partido.

O instituto da fidelidade partidária reconhece a relevância dos partidos políticos para o processo democrático, visto que, como destacou Lewandowski, "expressam a multiplicidade de interesses e aspirações dos distintos grupos sociais", além de concorrerem "para a formação da opinião pública, o recrutamento de líderes, a seleção de candidatos aos cargos eletivos e a mediação entre o governo e o povo".<sup>810</sup>

A importância da fidelidade partidária decorre da indispensabilidade da democracia representativa, que se dá por meio do sufrágio universal, sendo que a filiação partidária é uma das condições de elegibilidade, devendo os mandatários

---

<sup>808</sup> STF - MS 26.604/DF - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 04/10/2007

<sup>809</sup> O Partido Popular Socialista (PPS), que havia impetrado o mandado de segurança, posteriormente, formulou pedido de desistência, que foi homologado pelo Ministro relator.

<sup>810</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Infidelidade partidária e proteção da confiança. **Estudos Eleitorais**, v. 5, n. 1, 2010, p. 10.

manter-se "fiéis às diretrizes programáticas e ideológicas dos partidos pelos quais foram eleitos".<sup>811</sup>

Esse entendimento do Supremo Tribunal Federal alterou a jurisprudência consolidada da Suprema Corte, como se percebia nos Mandados de Segurança 20.927/DF e 23.405/GO, em que a chamada infidelidade partidária não ensejava a perda de mandato. Por essa razão, estabeleceu-se, como marco a partir do qual não poderia ocorrer a migração partidária sem justa causa, sob pena de perda de mandato, a data em que o TSE apreciou a Consulta 1.398/DF: 27 de março de 2007.<sup>812</sup>

A data fixada decorre da imperiosa segurança jurídica, uma vez que, até então, os parlamentares que trocaram de partido o fizeram em conformidade com o ordenamento legal vigente e com base na interpretação que era dada pelo Supremo Tribunal Federal. Destarte, durante mais de 20 anos, os candidatos migraram de partido sem qualquer sanção imposta, não tendo, até a nova orientação do Tribunal Superior Eleitoral, ocorrido qualquer mudança legislativa a justificar "um câmbio abrupto de rumos", o que acarretaria "prejuízos aos parlamentares que pautaram suas ações pelo entendimento acadêmico e pretoriano até então dominante".<sup>813</sup>

Impõe-se salientar que tanto a consulta respondida pelo TSE quanto os acórdãos proferidos pelo STF em sede de mandado de segurança tratavam de eleições pelo sistema *proporcional*. E há uma razão muito clara para isso.

No sistema proporcional brasileiro, por mais que não se dê ênfase a essa situação, os eleitores, primeiro, votam em um partido e, somente após, em uma lista aberta, indicam qual o candidato que gostariam que ocupasse aquela vaga no Legislativo. Esse sistema proporcional é utilizado, em nosso país, para as eleições de vereadores, deputados estaduais e deputados federais.

Nessa quadra, é como se o eleitor, primeiro, escolhesse o partido, preenchendo os dois primeiros dígitos e, após, indicasse o número do seu

---

<sup>811</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Infidelidade partidária e proteção da confiança. **Estudos Eleitorais**, v. 5, n. 1, 2010, p. 11. Não se pode desconhecer, é claro, que os partidos brasileiros, há muito, perderam suas raízes ideológicas.

<sup>812</sup> Repisa-se que esse foi um dos fundamentos para a denegação da segurança, visto que as migrações partidárias haviam ocorrido antes do marco temporal estabelecido, que foi a data em que o TSE expediu a resolução em resposta à consulta da fidelidade partidária,

<sup>813</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Infidelidade partidária e proteção da confiança. **Estudos Eleitorais**, v. 5, n. 1, 2010, p. 17-18. Percebe-se, aqui, a importância da dimensão dinâmica da segurança jurídica, especialmente no que tange à confiabilidade do ordenamento jurídico.

candidato de preferência, preenchendo os dois (deputado federal) ou três (vereador e deputado estadual) dígitos restantes.

E essa situação resta clara na análise dos chamados quociente eleitoral e quociente partidário. O *quociente eleitoral* é calculado pela divisão do número de votos válidos em uma eleição, excluindo-se os votos brancos e nulos, pelo número de cadeiras em disputa no Parlamento.<sup>814</sup> Com esse dado, descobre-se qual o número de votos necessários para o preenchimento de um assento na Câmara ou Assembleia Legislativa.<sup>815</sup>

Posteriormente e confirmando a tese segundo a qual, em eleição proporcional, primeiro, se vota no partido, procede-se ao cálculo do *quociente partidário*, que se dá pela divisão do número de votos obtidos pelo partido ou coligação - envolvendo todos os votos na(s) legenda(s) e em todos os candidatos do(s) partido(s) - pelo quociente eleitoral anteriormente obtido.<sup>816</sup> Assim, obtém-se o número de cadeiras a serem ocupadas pelos partidos e coligações.<sup>817</sup>

Note-se que, até o presente momento, não se analisou qualquer nome de candidato, tendo-se apenas estabelecido o número de votos necessários para a obtenção de um mandato e o número de cadeiras a serem ocupadas pelos partidos e coligações partidárias.

Após a realização do cálculo dos quocientes partidários, em caso de não preenchimento de todos os mandatos em disputa naquela circunscrição eleitoral, passa-se ao cálculo das sobras, que é obtido dividindo-se "o número de votos válidos atribuídos a cada Partido ou coligação de Partidos pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao Partido ou coligação que apresentar a

---

<sup>814</sup> Art. 106 do Código Eleitoral: "Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um, se superior".

<sup>815</sup> Imagine-se que, em um determinado município, estejam em disputa 10 cadeiras na Câmara de Vereadores. Caso os votos válidos (aqueles atribuídos a cada um dos candidatos a vereador e às legendas partidárias), na eleição, totalizem cem mil, o quociente eleitoral corresponderia a dez mil votos. Assim, seriam necessários dez mil votos para que um partido ou coligação tivesse direito a um assento no parlamento.

<sup>816</sup> Art. 107 do Código Eleitoral: "Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração".

<sup>817</sup> Assim, no exemplo anterior, imagine-se que os votos de todos os candidatos de um mesmo partido e os votos na própria legenda tenham totalizado vinte e cinco mil. Dividindo-se esse número pelo quociente eleitoral e, sendo desprezada a fração, percebe-se que o partido teria direito a ocupar duas cadeiras na Câmara de Vereadores. Esse seria o seu quociente partidário.

maior média um dos lugares a preencher".<sup>818</sup> Essa operação deve ser repetida para o preenchimento de cada uma das cadeiras remanescentes, não concorrendo à sobra o partido/coligação que não tiver preenchido o quociente eleitoral.<sup>819</sup>

Somente após se estabelecer o número de mandatos obtidos pelos partidos e coligações, é que se passa a analisar quem foram os candidatos mais votados, que ocuparão as respectivas vagas em disputa no Parlamento.<sup>820</sup>

Por conseguinte, em eleição pelo sistema proporcional, o eleitor, primeiro, vota em um partido e, depois, escolhe o candidato - em uma lista aberta - que gostaria que obtivesse um dos mandatos em disputa. De qualquer sorte, o candidato somente será eleito se o seu partido ou coligação preencher um quociente eleitoral, concorrendo para tal cálculo a soma de votos obtidos pela(s) legenda(s) partidária(s) e por todos os postulantes daquele partido ou coligação. Dessa forma, no sistema proporcional, os votos obtidos por todos os candidatos são relevantes para a determinação de cada um dos eleitos.

Essa é a razão de ser do instituto da fidelidade partidária no entendimento do Poder Judiciário brasileiro: o candidato, no sistema proporcional, somente é eleito em razão dos votos obtidos pelo seu partido ou coligação de partidos. Percebe-se que tal fundamento não se aplica ao sistema eleitoral majoritário, em que se elegem, no Brasil, prefeitos e vices, governadores e vices, senadores e suplentes e presidente e vice, pois, nesse sistema, é eleito o

---

<sup>818</sup> Conforme pacífico entendimento do TSE, o cálculo da sobra se dá pela divisão de todos os votos obtidos pelo partido/coligação pelo número de cadeiras por ele obtido, mais um. Dessa maneira, se o partido tivesse obtido duas cadeiras, a divisão seria por três. Ocorre que, da redação do art. 109, I, do CE, se poderia questionar a forma como se realiza esse cálculo, visto que dá a entender que o correto seria a divisão do número de votos obtidos pelo partido/coligação pelo número de cadeiras por ele obtido, e a esse resultado somar um, o que alteraria, substancialmente, o resultado. Esse foi o questionamento que aportou no TSE, no Recurso Especial Eleitoral 27.761/MT, julgado em 18/12/2007, em que o Ministro Gerardo Grossi, relator, entendeu por não conhecer, tendo em vista que não se admitiria recurso especial de decisão administrativa, como seria a decisão da comissão apuradora.

<sup>819</sup> Art. 109 do Código Eleitoral: "Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos mediante observância das seguintes regras:

I - dividir-se-á o número de votos válidos atribuídos a cada Partido ou coligação de Partidos pelo número de lugares por ele obtido, mais um, cabendo ao Partido ou coligação que apresentar a maior média um dos lugares a preencher;

II - repetir-se-á a operação para a distribuição de cada um dos lugares.

§ 1º - O preenchimento dos lugares com que cada Partido ou coligação for contemplado far-se-á segundo a ordem de votação recebida pelos seus candidatos.

§ 2º - Só poderão concorrer à distribuição dos lugares os Partidos e coligações que tiverem obtido quociente eleitoral".

<sup>820</sup> Art. 108 do Código Eleitoral: "Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido".

candidato mais votado.<sup>821</sup> Ademais, em eleições majoritárias, surgem inúmeros problemas, como a questão atinente à legitimidade ativa, visto que, no mais das vezes, o titular e o vice não são do mesmo partido, não havendo interesse jurídico da sigla abandonada na propositura da ação, buscando a perda do mandato eletivo, já que quem assumiria seria o vice, integrante de outra grei partidária. Da mesma forma, surgiriam problemas em razão da desfiliação do próprio vice, visto que ninguém assumiria esse mandato que ficaria vago, e da desfiliação de ambos, titular e vice.<sup>822</sup>

Sem embargo, quando da resolução expedida para regular o tema, Resolução n. 22.610/2007,<sup>823</sup> em evidente caráter legislativo, o TSE extrapolou o âmbito de abrangência, disciplinando o *processo de perda de cargo eletivo*, bem como de *justificação de desfiliação partidária*, tanto para os eleitos pelo sistema proporcional quanto pelo sistema majoritário. Também, criou duas novas hipóteses de justa causa, que não haviam sido enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>824</sup>

A Resolução da Fidelidade Partidária é uma resolução dita permanente,<sup>825</sup> que está ainda em vigor, fruto do exercício de função, nitidamente, normativa da Justiça Eleitoral, em que se disciplinou, apenas a título de exemplo, a ação para *decretação de perda de mandato eletivo*, a ação declaratória de justa causa para desfiliação partidária, as hipóteses de justa causa, o rito procedimental e os prazos processuais, o ônus da prova, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias e o julgamento do processo no estado em que se encontra.

Percebe-se que o TSE, efetivamente, legislou, inclusive, sobre matéria de natureza processual. Assim, em face da Resolução 22.610/2007, foram

---

<sup>821</sup> No Brasil, como regra, os distritos são uninominais, elegendo-se apenas um candidato por circunscrição no sistema majoritário. A única exceção se dá quando da renovação de dois terços do Senado, a cada oito anos, quando são duas as vagas em disputa, sendo eleitos os dois mais votados.

<sup>822</sup> Sobre aplicação em eleição majoritária, ver LÓSSIO, Luciana. Infidelidade partidária para os cargos majoritários: análise de um caso concreto. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, ano 2, n. 3, 2010, p. 133-153.

<sup>823</sup> TSE - Resolução 22.610/DF - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 25/10/2007.

<sup>824</sup> No julgamento do STF, foram mencionadas duas causas subjetivas que justificariam a migração partidária sem a perda do mandato: mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e grave discriminação pessoal. Quando da Resolução n. 22.610/2007, o TSE incluiu outras duas justas causas ditas objetivas: incorporação ou fusão de partido e criação de novo partido.

<sup>825</sup> RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**, 12. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011, p. 132.



propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade, a ADI 3.999,<sup>826</sup> proposta pelo Partido Social Cristão (PSC), e a ADI 4.086,<sup>827</sup> proposta pelo Procurador-Geral da República. Ambas as ações diretas de inconstitucionalidade foram julgadas improcedentes pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão de lavra do Ministro Joaquim Barbosa, tendo sido a resolução expedida "em contexto excepcional e transitório" e considerada válida até que o Poder Legislativo normatize a questão. Entretanto, tal *legislação transitória* permanece em vigor, mais de sete anos após sua publicação, tendo em vista clara inércia do Poder Legislativo.

Impõe-se salientar que a Resolução da Fidelidade Partidária acabou por disciplinar a previsão de perda de mandato de deputado e senador - e de qualquer outro mandatário eleito, seja pelo sistema proporcional, seja pelo sistema majoritário -, além das hipóteses estabelecidas pela Constituição em seu art. 55.<sup>828</sup>

Ressalte-se, outrossim, que o instituto da fidelidade partidária não fez com que cessasse a migração de detentores de mandato eletivo. Em verdade, acabou servindo como um incentivo à criação de novos partidos, a justificar a mudança para a nova sigla.<sup>829</sup> Reitere-se que a matéria foi disciplinada pela Justiça Eleitoral em razão da omissão do Poder Legislativo, omissão esta que permanece até os dias de hoje.

Muito se questiona a Resolução 22.610/2007, visto que inovou legislativamente, disciplinando, sobretudo, matéria de natureza processual, estabelecendo ações, ritos, recursos, prazos, enfim, atuando em seara de competência privativa do Legislativo da União.<sup>830</sup> Ademais, diversas são as questões polêmicas que ainda demandam melhor reflexão, como sua aplicação em eleições majoritárias, a discussão acerca de a vaga ser ocupada por suplente da

---

<sup>826</sup> STF - ADI 3.999/DF - Rel. Min. Joaquim Barbosa - j. 12/11/2008.

<sup>827</sup> STF - ADI 4.086/DF - Rel. Min. Joaquim Barbosa - 12/11/2008.

<sup>828</sup> Para ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 184, "reformou-se a Constituição por decreto judicial que autorizou a Justiça Eleitoral a operar como constituinte derivada, por meio de regulamentos".

<sup>829</sup> Nos últimos anos, foram criados os seguintes partidos: PSD, PPL, PEN, PROS e SD, havendo outros partidos em via de serem criados. Esse efeito negativo referente ao estímulo para a criação de novos partidos é reconhecido por MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? *In* BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 288.

<sup>830</sup> De acordo com ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 179, não obstante a decisão do STF, a resolução que trata da infidelidade partidária como causa de perda de mandato seria inconstitucional.

coligação ou do partido abandonado, a migração dentro de partidos da mesma coligação, a expulsão de mandatário pela sua sigla e as chamadas justas causas.

## B. Verticalização das coligações

Em fevereiro de 2002, pouco mais de sete meses antes das eleições gerais daquele ano, o TSE respondeu à consulta formulada por deputados federais, que questionavam se

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 Federação?

O Pleno do TSE entendeu por responder, negativamente, à consulta formulada, tendo expedido a Resolução 21.002/2002,<sup>831</sup> que restou assim ementada:

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.

Estabeleceu-se, dessa maneira, a partir da resposta do TSE a uma consulta, a chamada *verticalização das coligações*. Tal decisão foi fruto da interpretação do termo *circunscrição* do art. 6º da Lei das Eleições,<sup>832</sup> em que se entendeu que as eleições estaduais estariam compreendidas dentro da

---

<sup>831</sup> TSE - Resolução 21.002/2002 - Rel. Min. Garcia Vieira - j. 26/02/2002.

<sup>832</sup> 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.

circunscrição presidencial e em razão do caráter nacional dos partidos políticos, previsto no art. 17, I, da Constituição.<sup>833</sup>

Contudo, merece menção o voto vencido do Ministro Sepúlveda Pertence, que foi acompanhado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, cujo conteúdo expressou que

é verdade - além de explicitar o que repute implícito na legislação eleitoral, viabilizando a sua aplicação uniforme - pode o Tribunal colmatar-lhe lacunas técnicas, na medida das necessidades de operacionalização do sistema gizado pela Constituição e pela lei.

Óbvio, entretanto, que não as pode corrigir, substituindo pela de seus juízes a opção do legislador: por isso, não cabe ao TSE suprir lacunas aparentes da Constituição ou da lei, vale dizer, o "silêncio eloqüente" de uma ou de outra.

E o Ministro Sepúlveda Pertence foi além, asseverando que

não pode o TSE se deixar envolver na polêmica, que vem agitando homens públicos e jornalistas políticos sobre se seria ou não conveniente que se viesse a impor a simetria ou a coerência entre as coligações que se constituíssem para a disputa da eleição presidencial e as que se formassem para as eleições majoritárias e proporcionais a serem travadas no âmbito de cada Estado-membro: antes é preciso saber se o problema já encontra solução unívoca na legislação eleitoral.

Na ótica do Ministro, ao contrário do entendimento majoritário formado no julgamento, a solução já existiria no ordenamento jurídico, no mesmo art. 6º da Lei das Eleições, utilizado como fundamento para a resposta negativa à consulta. E isso em razão de que o termo *circunscrição* diria respeito a cada esfera de eleição, razão pela qual não haveria relação entre a circunscrição presidencial e a estadual, motivo pelo qual se deveria respeitar a autonomia partidária e a liberdade para formação de coligações.

Na referida Consulta, em que foi expedida a Resolução 21.002/2002, o então presidente do TSE, Ministro Nelson Jobim, salientou que não se tratava de inovação legal, mas sim, de mera interpretação do sistema pelo poder competente, o Judiciário. Nesse sentido e tendo em vista que as convenções partidárias ocorreriam de 10 a 30 de junho e os registros seriam encaminhados até 05 de julho, o presidente entendeu que a resolução seria aplicável ao pleito de 2002.

---

<sup>833</sup> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

Nesse passo, a matéria acabou fazendo parte da Resolução 20.993/2002,<sup>834</sup> em que o TSE normatizou a escolha e o registro das candidaturas para aquela eleição geral, tendo sido, em seu art. 4º, § 1º, estabelecida a verticalização das coligações para as eleições do mesmo ano em que foi expedida a resolução.

Em face das duas resoluções, foram propostas as ADI 2.626 e 2.628,<sup>835</sup> tendo, por maioria, o STF entendido que se tratava de questionamento de resolução proveniente de consulta, que seria um ato normativo secundário e, por isso, não admitiria a ação direta de inconstitucionalidade, tendo restado vencidos os Ministros Sydney Sanches, Ilmar Galvão, Sepúlveda Pertence, e Marco Aurélio (Presidente).

Há que se realçar, no entanto, que, não obstante a Resolução 21.002/2002 ter sido emanada da Consulta 715/DF, de natureza consultiva e que, portanto, como regra, não possuiria força normativa, a Resolução 20.993/2002 se constituía em uma instrução eleitoral que regulamentou o pleito de 2002 e que, por conseguinte, possuía a natureza normativa apta a desafiar a arguição de inconstitucionalidade.<sup>836</sup>

Os votos vencidos, nesse contexto, deixaram claro que a instrução normativa do TSE procedeu à inovação na ordem eleitoral, admitindo-se a arguição de inconstitucionalidade por se tratar de ato normativo abstrato e autônomo e que teria incidido na previsão do art. 16 da Constituição, que não permitiria sua eficácia para as eleições que viessem a ocorrer dentro do período de um ano de sua entrada em vigor.<sup>837</sup>

Tendo sido aplicada a verticalização das coligações ao pleito eleitoral de 2002, coube ao Congresso Nacional corrigir a situação, promulgando a Emenda Constitucional n. 52, de 08 de março de 2006, dando nova redação ao art. 17, § 1, da Constituição,<sup>838</sup> que permitiu ampla liberdade e autonomia aos partidos políticos para a formação de coligações.

---

<sup>834</sup> TSE - Resolução 20.993/DF - Rel. Min. Fernando Neves - j. 26/02/2002.

<sup>835</sup> STF - ADI 2.626 e 2.628/DF - Rel. Min. Sydney Sanches - j. 18/04/2002.

<sup>836</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 181.

<sup>837</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 182-183.

<sup>838</sup> § 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,

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI 3.685,<sup>839</sup> em 22 de março de 2006, afastando a aplicação da Emenda Constitucional n. 52 para as eleições gerais de 2006, tendo em vista que tal ato normativo fora promulgado no período de um ano estabelecido pelo art. 16 da Constituição.<sup>840</sup>

Note-se que, ao contrário do ocorrido no tema da fidelidade partidária, aqui, o Poder Legislativo federal agiu após o ativismo da Justiça Eleitoral, dando ensejo à Emenda Constitucional n. 52/2006, que pôs fim à verticalização das coligações a partir das eleições de 2010.

### C. Limitação do número de vereadores

A Constituição da República Federativa Brasileira, na redação original do art. 29, IV, embora referisse que o número de vereadores deveria ser "proporcional à população do Município", estabelecia regra muito elástica acerca do número de edis nas casas legislativas municipais. Assim, municípios com até um milhão de habitantes poderiam ter de nove a 21 vereadores; municípios com população superior a um milhão e inferior a cinco milhões de habitantes poderiam ter de 33 a 41 edis; e municípios com mais de cinco milhões de habitantes poderiam ter de 42 a 55 legisladores municipais.<sup>841</sup>

---

distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

<sup>839</sup> STF - ADI 3.685/DF - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 22/03/2006.

<sup>840</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183. Para o autor, a procedência da ADI serviu "para completar o quadro de insegurança jurídica e falta de coerência". Assim, "eis o *supremo paradoxo*: para a resolução eleitoral - com força de lei - que impôs nova regra de verticalização das coligações (Instrução 55 - Res. do TSE 20.993/2002), a Suprema Corte decidiu não aplicar o princípio da anterioridade da lei eleitoral (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.626 e 2.628), entretanto, no julgamento da ADI 3.685, que examinou a EC 52/2006, a qual desfez a confusão normativa reinante, ou seja, restaurou as regras de coligações do tabuleiro eleitoral de 1998, o STF, contraditoriamente, decidiu aplicar o art. 16 da Constituição. E como uma cereja no cenário de dois pesos e duas medidas, foi a Min. Ellen Gracie quem redigiu ambos os acórdãos".

<sup>841</sup> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...]

IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:  
a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;

Percebe-se, do dispositivo original, que o texto constitucional permitiria, em tese, que um município de menos de cinco mil habitantes tivesse o mesmo número de vereadores de um município de quase um milhão de habitantes.

Era, com base em tais parâmetros, que as Leis Orgânicas dos municípios disciplinavam o número de vereadores em suas Câmaras municipais. Esse foi o caso do Município de Mira Estrela/SP, que possuía 2.651 habitantes e, em cuja Lei Orgânica, havia a previsão de 11 edis. Diante da ausência de proporcionalidade, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública para que fosse reduzido para nove o número de vereadores do município.

A celeuma chegou até o Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do RE 197.917/SP,<sup>842</sup> da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, por maioria, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello e, por via de controle difuso, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica do município de Mira Estrela, por entender que estabelecia número de vereadores que extrapolava a proporcionalidade atribuída pelo inciso IV do art. 29 da Constituição, determinando à Câmara Municipal que procedesse à adequação para a eleição futura, não se aplicando tal decisão para a legislatura em andamento.

No julgamento, o Ministro Relator apresentou critério aritmético para a fixação do número de vereadores, a fim de que fosse respeitada a proporcionalidade estabelecida pelo inciso IV do art. 29 da Constituição, no que foi acompanhado pela maioria dos Ministros da Suprema Corte. Ao final do julgamento, o Ministro Nelson Jobim, preocupado com a proximidade do pleito eleitoral de 2004, fez uma ponderação à Corte, na presença do então Presidente do TSE, Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido de que a Justiça Eleitoral normatizasse a matéria, a fim de que se evitasse o problema nas eleições municipais que estavam por vir. O Ministro Sepúlveda Pertence, mesmo tendo sido voto vencido, acatou a ponderação e referiu que, tão logo fosse publicado o acórdão, submeteria a questão para o Pleno do TSE.

---

b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;

c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

<sup>842</sup> STF - RE 197.917/SP - Rel. Min. Maurício Córrea - j. 24/03/2004.

O TSE, então, em sessão de 02 de abril de 2004, expediu a Resolução 21.702/04,<sup>843</sup> adotando os critérios aritméticos apresentados pelo Ministro Maurício Côrrea no julgamento do RE 197.917/SP. Percebe-se que, muito embora os parâmetros fixados pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, o TSE normatizou a questão com eficácia *erga omnes*, inovando legislativamente e fixando o número de vereadores a contemplar a proporcionalidade do art. 29, IV, da Constituição.

Em face da Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, foram propostas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.345/DF e 3.365/DF,<sup>844</sup> tendo o STF conhecido as ações, eis por que reconheceu, como primário, o ato normativo da Justiça Eleitoral, visto que presentes os elementos a) coeficiente de generalidade abstrata, b) autonomia jurídica, c) impessoalidade, e d) eficácia vinculante de suas prescrições, sendo viável, portanto, o controle abstrato de constitucionalidade.

No mérito, o STF julgou improcedentes as ações, mantendo a proporcionalidade da tabela constante da resolução do TSE, até mesmo porque estabelecida em conformidade com o julgamento proferido pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Nessa ocasião, restou vencido tão somente o Ministro Marco Aurélio. Na oportunidade, o Ministro Sepúlveda Pertence, que havia votado, no RE 197.917/SP, pela improcedência da ação civil pública, julgou constitucional a Resolução 21.702 do TSE, por entender imprescindível a uniformidade das regras do jogo, evitando, assim, incerteza e insegurança jurídica.

Em razão da regulamentação da matéria pela Justiça Eleitoral, cuja resolução teve sua constitucionalidade reconhecida pelo STF, o Congresso Nacional saiu da inércia e resolveu disciplinar o tema, editando a Emenda Constitucional n. 58/2009, estabelecendo os limites máximos de vereadores que hoje integram as alíneas 'a' a 'x' do inciso IV do art. 29 da Constituição. Aliás, a proporcionalidade adotada na Emenda Constitucional trouxe a possibilidade do aumento do número de vereadores nas casas legislativas municipais, inclusive em relação ao texto constitucional originário. Assim, por exemplo, se, na redação original, um município, com pouco menos de um milhão de habitantes, poderia ter até 21 vereadores, com a nova redação, esse município poderá ter até 31 vereadores.

---

<sup>843</sup> TSE - Resolução 21.702/DF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 02/04/2004.

<sup>844</sup> STF - ADI 3.345/DF e 3.365/DF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 25/08/2005.

Percebe-se que, diante do exercício do poder normativo da Justiça Eleitoral, provocado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional agiu e regulamentou a matéria de forma diversa da Resolução, permitindo a ampliação do número de vereadores, mas estabelecendo critérios de proporcionalidade.

#### D. Dimensão das placas de propaganda eleitoral em propriedade particular

A Lei n. 11.300/2006 estabeleceu a vedação da propaganda eleitoral por meio de *outdoor*. Contudo, manteve a licitude da propaganda veiculada em placas em propriedade particular.

Nesse contexto, aportou, no Tribunal Superior Eleitoral, a Consulta 1.274/DF, formulada pelo então Senador da República, Valmir Antônio Amaral, e que culminou na Resolução 22.246/DF.<sup>845</sup>

Na consulta formulada, questionou-se a existência de eventual impedimento, em razão da proibição de *outdoor*, "para utilização, durante a campanha eleitoral, de placas (tamanho 2m X 2m) a serem afixadas em terrenos e propriedades particulares? Se positiva a resposta, em que termos e quais os limites".

Em relação a placas em bens particulares, não havia qualquer restrição de tamanho. Quanto a *outdoor*, a legislação em vigor para as eleições de 2006 estabelecia a sua proibição, entendendo-o como *qualquer engenho publicitário explorado comercialmente*. Ou seja, mesmo em relação a *outdoor*, não havia previsão de dimensão.

Contudo, o Ministro relator, utilizando-se da dimensão de 20m<sup>2</sup>, prevista na Resolução 20.562/2000, expedida pelo TSE para a eleição de 2000, entendeu ser essa a dimensão de um *outdoor*. E, diante da proibição de *outdoor*, houve por bem dimensionar a propaganda eleitoral em placas em propriedade particular em tamanho, consideravelmente, inferior à propaganda vedada.

---

<sup>845</sup> TSE - Resolução 22.246/DF - Rel. Min. Carlos Ayres Britto - j. 08/06/2006.



Nesse contexto e utilizando-se da dimensão apresentada na própria consulta, o TSE decidiu fixar, como limite para a propaganda eleitoral em placas, o tamanho de 4m<sup>2</sup>. Durante o julgamento, mencionou-se a possibilidade de a dimensão ser fixada em 8m<sup>2</sup>, mas o que prevaleceu foi a própria medida apresentada na consulta formulada.

Inegavelmente, tratou-se de inovação legislativa realizada pelo TSE no exercício de sua função normativa. Posteriormente, o Poder Legislativo editou a Lei n. 12.034/2009, em que alterou o § 2º do art. 37 da Lei das Eleições, fazendo constar o limite de 4m<sup>2</sup>, em conformidade com o que havia normatizado o TSE em sua resolução.

Portanto, a resposta da Justiça Eleitoral a uma consulta que lhe foi formulada acabou servindo como parâmetro para a atuação do Poder Legislativo, que referendou o entendimento positivado.

#### **E. Anulação dos votos**

Historicamente, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral expressou que, em eleição proporcional, os votos de candidato que, quando da eleição, estivesse com o registro deferido, mas *sub judice*, ficariam em sua legenda partidária, caso tivesse seu registro, posteriormente, indeferido ou seu diploma cassado.

Esse era o entendimento decorrente do disposto no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, que dispõe que a nulidade dos votos

não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.

O contrário ocorria na hipótese em que o candidato concorresse com seu registro indeferido, por sua conta e risco e, após as eleições, fosse mantido o

indeferimento, situação em que os votos eram considerados nulos, com fulcro no disposto no art. 175, § 3º, do Código Eleitoral.<sup>846</sup>

Repise-se que tal orientação não era aplicada, por força do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, para as hipóteses em que o registro somente era indeferido ou cancelado *após* a realização das eleições, hipótese em que os votos ficavam para a legenda a que pertencia o candidato.

Ocorre que a Lei n. 12.034/2009 alterou a Lei n. 9.504/97, acrescentando o art. 16-A, que dispõe que

o candidato cujo registro esteja *sub judice* poderá efetuar todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica enquanto estiver sob essa condição, ficando a validade dos votos a ele atribuídos condicionada ao deferimento de seu registro por instância superior.

De imediato, percebe-se que o referido dispositivo legal não confronta a disposição do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, visto que, quando se refere a candidato *sub judice*, está tratando daquele que está com o registro indeferido e pendente de recurso e, por isso, se justifica a previsão de que poderá realizar todos os atos de campanha. Ora, se o candidato estiver com o registro deferido, mesmo que *sub judice*, não haveria qualquer razão para a previsão, visto ser óbvia a possibilidade de praticar todos os atos de campanha.

Ademais, o art. 16-A da Lei das Eleições condiciona a validade dos atos atribuídos a candidato *sub judice* - e aqui fica ainda mais claro que a previsão versa sobre candidato que esteja com o registro indeferido quando da eleição - ao deferimento de seu registro por instância superior. Ora, o candidato estaria com o registro indeferido, razão pela qual só haveria validade de seus votos na hipótese de provimento de seu recurso e deferimento de seu registro. E mais, percebe-se que o dispositivo trata da validade dos votos atribuídos ao candidato, não fazendo qualquer menção à sua legenda.

Não há como apontar, na modificação legislativa introduzida pela Lei n. 12.034/2009, qualquer incompatibilidade com a previsão do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral que, por conseguinte, mantém-se em pleno vigor.

---

<sup>846</sup> § 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

Ocorre que o TSE, no exercício de sua função normativa, expediu a Resolução 23.218/2010, expressando, em seu art. 147 e parágrafo único, que "serão nulos, para todos os efeitos, inclusive para a legenda, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados (Código Eleitoral, art. 175, § 30, e Lei nº 9.504/197, art. 16-A)" e que "a validade dos votos dados a candidato cujo registro esteja pendente de decisão, assim como o seu cômputo para o respectivo partido ou coligação, ficará condicionada ao deferimento do registro (Lei nº 9.504/197, art. 16-A)".

A partir de então, ao arripio da previsão do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, alguns Tribunais Regionais passaram a considerar nulos os votos atribuídos a candidato que estivesse com seu registro deferido quando da eleição, mas que, posteriormente, tivesse o cancelamento ou indeferimento do registro, não computando tais votos para a legenda.<sup>847</sup>

Não era esse o entendimento do Ministro Dias Toffoli, que reconhecia o aproveitamento dos votos para o partido ou coligação na hipótese do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral.<sup>848</sup>

Para Manoel Carlos de Almeida Neto,

se no dia da eleição o candidato está com seu registro deferido, ou seja, com a chancela da Justiça Eleitoral, esse voto, caso seja posteriormente anulado, não pode ser tratado como se absolutamente nulo fosse, sob pena de afronta a inúmeros vetores constitucionais, como a segurança jurídica, proteção da confiança e a dispositivo vigente do Código Eleitoral.<sup>849</sup>

Sobre tal tema, estão pendentes de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, as ADI 4.513 e 4.542, e as ADPF 223 e 238, todas, originariamente, distribuídas ao Ministro Joaquim Barbosa e que, com a sua aposentadoria, ainda

---

<sup>847</sup> Esse foi o entendimento do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. Em sentido contrário, entendeu o TRE/DF, no julgamento do Acórdão 4.684, datado de 04 de julho de 2012, em que a relatora, Desembargadora Josapha Francisco dos Santos, entendeu que "não há que se falar em novo cômputo dos votos em razão da cassação do diploma, na hipótese de o candidato haver disputado as eleições com o seu registro deferido pela Justiça Eleitoral, considerando que os votos a ele destinados deverão ser computados para legenda, consoante regra prevista no § 4º do art.175 do Código Eleitoral".

<sup>848</sup> TOFFOLI, José Antônio Dias. Breves considerações sobre a fraude do direito eleitoral. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, ano 1, n. 1, 2009, p. 45-61. Aliás, o Ministro Dias Toffoli, em julgamento, no TSE, do Mandado de Segurança 4187-96/CE, de 07 de agosto de 2012, expressou que "se, no momento da disputa eleitoral, o candidato estava com o registro deferido e, posteriormente, sobreveio decisão pelo indeferimento, os votos dados são computados para a legenda".

<sup>849</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 191.

não possuem novo relator, mesmo já estando em tramitação, há mais de quatro anos, no STF.

Resta clara a insegurança jurídica, em que ainda não se sabe qual será o posicionamento do Supremo Tribunal Federal o que faz com que haja julgamentos divergentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, fato esse que poderá alterar a correlação de força política dos partidos e a composição dos Parlamentos em todo o Brasil.

#### F. Número de deputados federais e estaduais nas eleições de 2014

Outra polêmica normatização da Justiça Eleitoral deveu-se a um pedido da Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, que considerava o Estado sub-representado na Câmara dos Deputados, razão pela qual requereu a redefinição do número de deputados federais por unidade da Federação e a consequente adequação da composição das Assembleias Legislativas.

A bem da verdade, dispõe a Constituição, em seu art. 45, que "a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal", dispondo o § 1º que

o número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

Nesse contexto, a Lei Complementar n. 78/93 estabelece o número máximo de 513 deputados federais, devendo a representação ser proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal, em conformidade com a atualização estatística demográfica das unidades da Federação a ser realizada no ano anterior às eleições pelo IBGE. Não há que se falar em proporcionalidade absoluta, tendo em vista a fixação de um mínimo de oito, e um máximo de 70 deputados federais por unidade da Federação.

No parágrafo único do art. 1º, a LC 78/93 estabelece que "feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas".<sup>850</sup>

Com base nesse contexto, o Tribunal Superior Eleitoral expediu a Resolução 23.389/2013,<sup>851</sup> procedendo à realização do cálculo e estabelecendo o número de deputados federais e deputados estaduais de cada unidade da Federação.

A resolução da Justiça Eleitoral foi precedida de audiência pública e três foram as propostas de cálculo apresentadas: da Assessoria Especial da Presidência do TSE, do engenheiro eletricitista Jarbas Bezerra Xavier e da relatora.

A resolução do TSE, expedida em sessão administrativa, adotou os cálculos apresentados pela relatora, tendo restado vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia, que entendiam ser inconstitucional a elaboração de cálculos pelo TSE, visto que os cálculos deveriam ser realizados por Lei Complementar, ou seja, pelo Congresso Nacional, não havendo qualquer delegação de competência à Justiça Eleitoral.

Insta ressaltar que a Constituição e a LC 78/93 não apresentam qualquer critério de cálculo; em razão disso, inclusive, o TSE debateu acerca de três propostas diferentes de cálculos. Contudo, a realização de tais cálculos é de competência do Poder Legislativo, e não da Justiça Eleitoral.

Por tais razões, foram propostas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.963/PB e 4.965/PB.<sup>852</sup> No julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu inconstitucional a Resolução 23.389/2013, expedida em sessão administrativa do Tribunal Superior Eleitoral, uma vez que o critério de distribuição do número de deputados competiria à Lei Complementar, não havendo qualquer delegação à Justiça Eleitoral; por conta disso, haveria violação do postulado da reserva de lei complementar em usurpação da competência legislativa complementar. A Suprema Corte, igualmente, julgou inconstitucional o parágrafo único do art. 1º da LC 78/93.

---

<sup>850</sup> A Lei Complementar 78/93 teve o nítido propósito de aumentar a bancada do estado de São Paulo, que era de 60 deputados federais e passou a ser de 70.

<sup>851</sup> TSE - Resolução 23.389 - Rel. Min. Nancy Andrighi - j. 09/04/2013.

<sup>852</sup> STF - ADI 4.963/PB e 4.965/PB - Rel. Min. Rosa Weber - j. 01/07/2014.

Impõe-se atentar para o suprassumo da insegurança jurídica: o STF decidiu, em 1º de julho de 2014, após a realização das convenções, que a Resolução 23.389/2013 não valeria para o pleito de 2014. E isso porque a proposta de modulação de efeitos, em que a resolução seria declarada inconstitucional, mas sem o pronunciamento de nulidade, a fim de que tivesse vigência para o pleito daquele ano, obteve apenas sete votos, quando demandava oito.

Assim, após a realização das convenções e tendo sido proferido o último voto, do Ministro Joaquim Barbosa, que rejeitava a modulação dos efeitos, o STF decidiu que as normas emanadas da Resolução 23.389/2013 não seriam aplicáveis ao pleito eleitoral que já estava em andamento.

Isso sem olvidar que: (i) a resolução alterava a composição de bancadas de deputados federais e estaduais de diversos Estados; (ii) que é o número de deputados estaduais e federais que determina o número de candidatos que pode ter cada partido ou coligação;<sup>853</sup> (iii) que a escolha dos candidatos se dá nas convenções partidárias que ocorreram entre 10 e 30 de junho.

De todo o exposto, percebe-se que, quando da escolha dos candidatos em convenção, em muitos Estados, os partidos ainda não sabiam o número de cadeiras em disputa no Parlamento e, portanto, não sabiam quantos postulantes poderiam escolher. Eis a insegurança legislativa que pairava no pleito de 2014.

### **SEÇÃO III. Codificação e sistematização da legislação eleitoral**

A legislação eleitoral brasileira não está positivada em uma codificação única e sistemática, havendo inúmeros diplomas legislativos esparsos que tratam de pontos referentes ao Direito Eleitoral.

Nesse contexto, pode-se destacar a presença de dispositivos eleitorais positivados na Constituição, na Lei n. 9.096/95 (Lei dos Partidos

---

<sup>853</sup> Dispõe o art. 10 da Lei das Eleições que "cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher". Já o § 1º do art. 10 estabelece que "no caso de coligação para as eleições proporcionais, independentemente do número de partidos que a integrem, poderão ser registrados candidatos até o dobro do número de lugares a preencher".

Políticos), na Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições), na Lei n. 4737/65 (Código Eleitoral), na Lei Complementar n. 64/90 (Lei das Inelegibilidades) e em inúmeras Resoluções ditas permanentes emanadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Trata-se de leis esparsas, cada qual tratando de determinados aspectos do Direito Eleitoral, de forma dispersa, não codificada e sem maiores sistematizações. Tal realidade traz consequências prejudiciais à segurança jurídica, razão pela qual se percebe a necessidade de uma previsão mais uniforme, conjunta e sistêmica das disposições atinentes ao Direito Eleitoral. E tal realidade faz com que seja necessária a expedição de resoluções, a cada pleito, a fim de disciplinar a eleição, organizando e sistematizando a legislação eleitoral vigente.

É importante destacar que as resoluções regulamentares não deixariam de existir em razão da maior sistematização da legislação eleitoral, mas, certamente, haveria menores necessidades de extensas regulamentações eleitorais a cada dois anos.

Acerca da legislação eleitoral, passa-se, resumidamente, a tratar das disposições básicas contidas em cada um dos diplomas legislativos.<sup>854</sup>

Primeiramente, a Constituição brasileira positiva os direitos políticos, tratando da soberania popular, do sufrágio universal e de seu exercício pelo voto direito e secreto (art. 14), do alistamento eleitoral e do voto, como regra, obrigatório (§ 1º), das condições de elegibilidade (§ 3º), das inelegibilidades constitucionais (§ 4º a 8º) e das inelegibilidades legais a serem estabelecidas em Lei Complementar (§ 9º).

Também, trata a Constituição, no capítulo dos direitos políticos, da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (§ 10 e 11), da suspensão ou perda de direitos políticos (art. 15) e da anterioridade eleitoral ou anualidade (art. 16).

Posteriormente, a Constituição disciplina, no art. 17, os partidos políticos e disciplina a organização da Justiça Eleitoral, tratando dos juízes e tribunais eleitorais (arts. 118 a 121).

Anterior à Constituição de 1988, é o Código Eleitoral, Lei n. 4737/1965, que foi recepcionado, para fins de organização e competência da Justiça Eleitoral, como lei, materialmente, complementar, em razão do disposto no art. 121 da Constituição.

---

<sup>854</sup> Deixa-se de analisar, aqui, as resoluções eleitorais, que já foram enfrentadas, brevemente, quando da função normativa da Justiça Eleitoral, tendo em vista a sua absurda quantidade.

O Código Eleitoral de 1965 é uma legislação extensa, publicado, originariamente, com 383 artigos, composto por cinco partes e tendo sido objeto de inúmeras alterações legislativas ao longo dos anos. Em sua parte primeira, apresenta uma introdução, dispendo sobre elegibilidade, inelegibilidade e obrigatoriedade de alistamento e voto. Na segunda parte, trata da organização e das competências da Justiça Eleitoral, analisando o Tribunal Superior Eleitoral os Tribunais Regionais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais e, na terceira parte, examina o alistamento.

A quarta parte do Código Eleitoral disciplina as eleições, examinando os sistemas eleitorais, tanto de representação proporcional quanto majoritária, o registro de candidaturas, o voto secreto, com toda a questão administrativa atinente aos atos preparatórios de votação, às seções eleitorais e mesas receptoras, à fiscalização e à própria votação. Posteriormente, trata da apuração, impugnação e contagem dos votos, dos diplomas, das nulidades da votação e do voto no exterior.

Por fim, a quinta parte do Código Eleitoral trata de disposições variadas, versando sobre garantias eleitorais, propaganda partidária e eleitoral, recursos eleitorais e disposições penais, em que tipifica crimes eleitorais e dispõe sobre o processo penal eleitoral, culminando com as disposições gerais e transitórias.

Quando da análise dos recursos eleitorais, o Código disciplina o chamado Recurso Contra Expedição de Diploma, que, como será visto, trata-se de verdadeira ação eleitoral.

De 1990, é a Lei das Inelegibilidades, a LC n. 64/90, sensivelmente alterada pela LC n. 135/2010, que contempla a previsão do art. 14, § 9º, da Constituição, estabelecendo as chamadas inelegibilidades legais. Além de dispor sobre inelegibilidades, a lei positiva dois ritos procedimentais: a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC) e a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE).

Já, a Lei dos Partidos Políticos, Lei n. 9.096/1995, disciplina, amplamente, os partidos políticos, estabelecendo normas de organização e funcionamento, que tratam de sua criação e registro, funcionamento parlamentar, programa e estatuto, filiação, fidelidade e disciplina partidária, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, de finanças e contabilidades, disciplinando a



prestação de contas e o fundo partidário, de acesso gratuito ao rádio e à televisão, dentre outras disposições gerais.

Em 1997, foi sancionada a Lei das Eleições, a Lei n. 9.504/97, que buscava uma estabilidade maior da legislação eleitoral, tendo em vista que, até então, cada pleito eleitoral era disciplinado por uma lei própria, nas chamadas "Leis do Ano". Trata-se de um extenso diploma legal, mas que, ao longo do tempo, foi sofrendo inúmeras modificações legislativas.

Em linhas gerais, dada a complexidade da matéria ali prevista, a Lei das Eleições disciplina a data da realização do pleito eleitoral, com previsão de primeiro e segundo turno em eleições majoritárias, a formação de coligações, a realização das convenções para escolha de candidatos, o registro das candidaturas, a arrecadação e aplicação dos recursos nas campanhas eleitorais, a prestação de contas, a realização de pesquisas eleitorais, a propaganda eleitoral, que é analisada de forma minuciosa, o direito de resposta, o sistema eletrônico de votação e totalização dos votos, disciplinando as mesas receptoras e a fiscalização das eleições; disciplina, outrossim, as infrações eleitorais, com destaque para a captação ilícita de sufrágio - a compra de voto - do art. 41-A, a captação e gastos ilícitos de recurso - o Caixa 2 - do art. 30-A e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral, a fim de preservar a igualdade de oportunidades entre os candidatos, mormente diante do instituto da reeleição, dispostas nos arts. 73 a 78. A Lei das Eleições ainda apresenta inúmeras disposições finais e transitórias.

No que tange ao Direito Processual Eleitoral, destaca-se que a Lei n. 9.504/97 estabelece o rito das *representações* do art. 96, relativas ao descumprimento das normas positivadas no diploma legislativo, disciplinando, de forma distinta, as representações por violação ao disposto nos arts. 30-A, 41-A e 73, tendo em vista a gravidade das sanções ali previstas, a demandar um rito procedimental que permita, mais amplamente, o exercício de defesa e contraditório, o que não ocorre no rito sumaríssimo da representação do art. 96. Outra previsão importante é a que estabelece a duração razoável em ações eleitorais que possam resultar em perda de mandato eletivo.<sup>855</sup>

---

<sup>855</sup> 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).

Nota-se, pela previsão esparsa e não sistematizada da legislação eleitoral, uma clara insegurança legislativa, a manter necessária a função normativa da Justiça Eleitoral, especialmente no que tange à necessidade de disciplinar cada eleição e a prejudicar a intelegibilidade do ordenamento jurídico, trazendo dificuldades para o cidadão em geral e, especialmente, para os participantes dos pleitos eleitorais.

Tal ponto é ainda mais crítico quando se trata das normas de natureza processual eleitoral.

Como se percebe da breve análise do conteúdo dos diplomas normativos que disciplinam o Direito Eleitoral, diversas são as tutelas processuais eleitorais, estatuídas, de forma esparsa, na legislação, com a Constituição, prevendo a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), o Código Eleitoral, estabelecendo o Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED), a Lei das Inelegibilidades, prevendo a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC), a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) e a Lei das Eleições, disciplinando as representações do art. 96 e dos arts. 30-A, 41-A e 73. Como se não bastasse, a Resolução 22.610/2007, da *fidelidade partidária*, positiva a chamada *ação de decretação de perda de mandato eletivo* e a *ação declaratória de justa causa* para a desfiliação partidária.

O caráter esparsa e não sistemático do Direito Eleitoral reflete-se claramente nas tutelas processuais eleitorais, o que contribui para a insegurança legislativa existente.

## **CAPÍTULO II. INSEGURANÇA JURISPRUDENCIAL**

Além de toda a insegurança legislativa demonstrada no capítulo antecedente, também há de ser destacada a insegurança jurisprudencial existente no Direito Eleitoral, que também afeta a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

---

§ 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).

Dentre as causas da insegurança jurisprudencial, podem ser ressaltadas as mudanças reiteradas de jurisprudência, muitas vezes, decorrentes da pura e simples alteração na composição dos Tribunais em decorrência dos mandatos dos juízes eleitorais (Seção I), as diferentes interpretações dadas à anterioridade eleitoral do art. 16 da Constituição (Seção II), merecendo destaque, outrossim, dois casos pontuais, atinentes aos chamados *prefeitos itinerantes*, em que a insegurança jurídica gerada pela Justiça Eleitoral foi corrigida pelo Supremo Tribunal Federal com a aplicação de efeitos prospectivos à decisão (Seção III) e o Recurso Contra Expedição de Diploma 884/PI, em que se alterou um entendimento histórico da Justiça Eleitoral (Seção IV).

## **SEÇÃO I. O mandato dos Juízes Eleitorais: mudança na composição dos tribunais e na jurisprudência**

A Justiça Eleitoral não possui uma magistratura própria, utilizando-se, basicamente, da magistratura da Justiça Comum.<sup>856</sup> Assim, a magistratura eleitoral, nas Zonas Eleitorais, é exercida pelo Juiz de Direito, bem como o Ministério Público Eleitoral fica a cargo de um Promotor de Justiça.<sup>857</sup>

A composição dos Tribunais Regionais Eleitorais, presentes em cada um dos Estados e Distrito Federal, é a seguinte: (a) dois Desembargadores indicados pelo Tribunal de Justiça, sendo um, o presidente do TRE e o outro, o vice-presidente e corregedor eleitoral, (b) dois Juízes de Direito indicados pelo Tribunal de Justiça, (c) dois juristas de notável saber jurídico e idoneidade moral,<sup>858</sup>

---

<sup>856</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 129.

<sup>857</sup> Consoante OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90, "a jurisdição eleitoral é exercida mediante divisão territorial própria, que não se confunde com a divisão geopolítica, ou mesmo com o critério seguido pela organização judiciária dos Estados. Desse modo, a jurisdição em primeiro grau não observa a divisão em municípios ou comarcas, mas sim em zonas eleitorais, criadas por decisão do Tribunal Superior Eleitoral, após indicação do respectivo Regional, nas quais haverá pelo menos um Juízo Eleitoral e um Cartório Eleitoral a ele vinculado". Nesse contexto, existem municípios com mais de uma Zona Eleitoral, como Porto Alegre, que possui 10 ZE, e existem Zonas Eleitorais que contemplam mais de um município.

<sup>858</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 133-134. Salienda Fávila Ribeiro que os juristas devem integrar a classe dos advogados e, muito embora não possuam as garantias da magistratura, como a vitaliciedade, não são passíveis de demissão, sendo titulares de mandato de prazo certo.

igualmente indicados pelo Tribunal de Justiça em lista tríplice e escolhidos pelo Presidente da República, (d) e um Juiz Federal, mediante escolha do Tribunal Regional Federal. Para cada um dos integrantes do pleno do TRE, é nomeado um substituto da mesma classe.<sup>859</sup>

Em eleições estaduais, são nomeados três Juízes Auxiliares, sendo um Desembargador, um Juiz de Direito e um Juiz Federal, nomeando-se, igualmente, substitutos de mesma classe para cada Juiz Auxiliar.<sup>860</sup>

O Ministério Público Eleitoral, no âmbito dos Tribunais Regionais, fica a cargo de um Procurador da República, que será o Procurador Regional Eleitoral. Há, igualmente, um Procurador Regional Eleitoral substituto.

Já, o Tribunal Superior Eleitoral, composto por sete Ministros, é integrado por (a) três Ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo um, o presidente e outro, o vice-presidente do TSE, (b) dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça, sendo um deles, o Corregedor-Geral Eleitoral, (c) e dois juristas indicados em listas tríplices pelo Supremo Tribunal Federal e nomeados pelo Presidente da República.<sup>861</sup> Da mesma forma, os Ministros do TSE possuem Ministros substitutos da mesma classe dos titulares.

O Procurador-Geral Eleitoral, que exerce a função do Ministério Público Eleitoral no Tribunal Superior Eleitoral, é o Procurador-Geral da República. Na sua ausência, exerce a função o Vice-Procurador-Geral Eleitoral.

Percebe-se, na composição dos tribunais, que a presidência e a vice-presidência “são reservadas privativamente aos membros do órgão judiciário com hierarquia mais elevada em sua composição”, tendo em vista que a organização

---

<sup>859</sup> Percebe-se que, apesar de a Justiça Eleitoral ser uma Justiça de natureza Federal, seis dos sete julgadores dos Tribunais Regionais são indicados pelo Tribunal de Justiça do Estado, o que, para OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 85, soaria ilógico, tendo em vista se "garantir tamanha interferência da Justiça dos estados-membros" em um "ramo do Poder Judiciário da União, mantida e remunerada pelos cofres federais".

<sup>860</sup> Como regra, os julgamentos são plenários. Contudo, os juízes auxiliares funcionam como os relatores de ações que possam implicar cassação de registro ou de diploma, à exceção da AIJE, em que o relator é o Corregedor Eleitoral. Nas representações que decorram de meras infrações à Lei das Eleições e cuja sanção seja meramente pecuniária, os juízes auxiliares exercem o primeiro grau de jurisdição, em julgamento monocrático. De suas decisões, cabe recurso para o pleno do TRE, sendo que o juiz auxiliar que propalou a sentença será o relator do recurso, substituindo integrante de sua classe no pleno.

<sup>861</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 133. Salienta-se que os dois juristas devem integrar a profissão de advogado.

colegiada estabelece uma salutar heterogeneidade e recruta membros de diferentes hierarquias dentro do Judiciário.<sup>862</sup>

Vigora, na Justiça Eleitoral, o princípio da temporariedade, com grande amplitude, visto que os juízes eleitorais, incluindo-se os julgadores dos Tribunais Regionais e os Ministros do Tribunal Superior Eleitoral possuem *mandato* de dois anos, sendo possível a recondução por mais um único biênio. Dessa forma, “nenhum magistrado tem vinculação permanente na Justiça Eleitoral, integrando-a sempre por prazo delimitado”.<sup>863</sup>

Para Fávila Ribeiro, “a rotatividade na composição dos órgãos da Justiça Eleitoral é recomendada como eficiente esquematização institucional, devendo ser conservada como medida de sabedoria política”.<sup>864</sup>

Continua o autor referindo que

houve conciliação entre a necessidade de mudança e a exigência de concurso de magistrados garantidos por investidura vitalícia. Conseguiu-se um sistema de recrutamento que atende a um só tempo ao princípio político da alternância e ao princípio judiciário da garantia vitalícia.<sup>865</sup>

Há quem sustente, no entanto, que a ausência de uma magistratura própria, bem como a temporariedade dos mandatos contribuem para “obstar regular seqüência administrativa, não deixando que os juízes possam se adestrar nos misteres eleitorais”.<sup>866</sup>

<sup>862</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 131.

<sup>863</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 129-130. Conforme OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p. 79, “desde sua criação, a Justiça Eleitoral segue o mesmo modelo de recrutamento de seus membros. Repeliu-se a ideia de uma magistratura de carreira, confiando-se o exercício das funções a membros de outros tribunais e advogados, que são 'emprestados' para o desempenho das tarefas por períodos determinados (mandatos)”.

<sup>864</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 130.

<sup>865</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 130.

<sup>866</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 130. Nesse sentido, CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 8. ed. Bauru: Edipro, 2000, p. 42, questiona a composição da Justiça Eleitoral, tendo em vista a tendência à especialização dos órgãos judiciários, o que não ocorre em matéria eleitoral, tendo em vista a temporariedade dos mandatos. Também para OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 82, “a autonomia científica do Direito Eleitoral, com suporte na verificação de que está orientado por princípios próprios e que seus institutos gozam de especificidades, está a exigir magistrados satisfatoriamente preparados para o desempenho de tais funções, o que é dificultado pela temporariedade da investidura, bem assim pela ausência de regramento que estabeleça, como requisito para o desempenho das funções, a demonstração de prévia afinidade com a matéria”. O autor salienta interessante decisão do Conselho Nacional de Justiça que, no Pedido de Providências n. 200710000012878, julgado em 12/12/2008, da relatoria do Conselheiro Joaquim Falcão, ordenou que, “na escolha de magistrados

A bem da verdade, a curta duração dos mandatos dos juízes eleitorais pode fazer com que o conhecimento técnico seja um pouco prejudicado, visto que, quando os magistrados estão com maior experiência e mais afeitos à jurisdição eleitoral, finda o biênio. Por essa sistemática, é possível que um juiz eleitoral inicie o seu mandato sem um conhecimento mais aprofundado de Direito Eleitoral e, quando já está mais familiarizado com matéria, quando já está com o conhecimento técnico mais apurado e adquiriu maior experiência, deixa a magistratura eleitoral pelo fim de seu mandato.

Por tais razões, é muito comum a alteração da composição dos tribunais, o que acaba por gerar, com grande frequência, a alteração do resultado de julgamentos eleitorais, tornando muito cambiante a jurisprudência eleitoral.

A modificação do entendimento jurisprudencial não decorre, assim, apenas da evolução da interpretação jurisprudencial, mas também da mera alteração da composição dos tribunais.

De qualquer sorte, é importante ressaltar que, quando se lida com Direito Eleitoral, se está laborando com uma questão muito sensível, que é a política. Está-se disciplinando a composição dos órgãos da Justiça Eleitoral que julgarão eventuais questionamentos atinentes aos mandatos obtidos pelos legisladores e pelos chefes do Poder Executivo.

Em tal contexto, em que as paixões podem aflorar, visto que todos os juízes eleitorais são eleitores, possuem uma visão de mundo, uma ideologia, podendo ter maior ou menos simpatia por um determinado candidato ou uma determinada agremiação partidária,<sup>867</sup> a transitoriedade dos mandatos eleitorais tende a ser salutar, já que oxigena a atividade jurisdicional e a própria Justiça Eleitoral.<sup>868</sup>

Para Fávila Ribeiro,

---

e advogados que servirão aos tribunais regionais eleitorais, devem os tribunais de Justiça facultar a possibilidade de 'sustentação oral' das candidaturas durante sessão pública, bem assim permitir, a qualquer interessado, acesso aos 'memoriais, anotações e outros documentos' apresentados pelos candidatos".

<sup>867</sup> Lembrando-se, é claro, que magistrados não podem ter filiação partidária.

<sup>868</sup> Para OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições**: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p. 80, a instituição da Justiça Eleitoral brasileira, em 1932, "aconteceu em um ambiente de profundos questionamentos sobre os procedimentos eleitorais, imperando a fraude no processo de coleta e apuração dos votos", o que, evidentemente, fez com que "se pretendesse imunizar o desempenho das funções de direção do processo eleitoral de eventuais ingerências de caráter político, as quais encontrariam ambiente mais propício na hipótese de magistrados exercerem atribuições perante a Justiça Eleitoral durante toda a vida funcional".

é inegável, porém, que as competições políticas acarretam freqüentes exacerbações passionais, no entrelhecho dos grupos rivais, gerando perduráveis incompatibilidades que não ficam circunscritas aos protagonistas das lutas partidárias, resvalando, aqui e alhures, para atingir os magistrados que tiveram de contrariar interesses de uns ou de outros.<sup>869</sup>

Continua o autor, salientando que

o exercício continuado da jurisdição eleitoral, quase certo, gera fricções com os descontentes ante os pronunciamentos emitidos e, como as indisposições podem prejudicar os padrões de neutralidade às vezes inconscientemente, a obrigatória renovação dos mandatos, após o decurso do segundo biênio, é penhor da imparcialidade no funcionamento da instituição.<sup>870</sup>

Assim, consoante Fávila Ribeiro, em relação à temporariedade da magistratura eleitoral, é necessário “reconhecer que os inconvenientes apresentados não conseguem suplantar as razões que militam em favor da persistência do sistema tanto mais quando vem funcionando vantajosamente”, sendo necessário, isso, sim, “dotar as zonas eleitorais de adequado suporte administrativo”.<sup>871</sup>

E não há dúvidas de que a capacitação técnica da Justiça Eleitoral, com assessoramento qualificado e familiarizado com a matéria, torna possível a continuidade administrativa e o bom andamento das eleições.

Todavia, é perceptível, nos últimos anos, a crescente judicialização das eleições no Brasil. E o que se tem evidenciado é que a atuação dos tribunais eleitorais pátrios “têm sido marcada por uma inegável alternância de posições, impedindo que se extraia da jurisprudência a construção de linhas interpretativas que primem pela segurança jurídica”. E tal situação acaba sendo agravada pelas frequentes e habituais variações, que geram decisões “dísparas sobre situações jurídicas semelhantes, a depender da composição da Corte”.<sup>872</sup>

<sup>869</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 130.

<sup>870</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 130.

<sup>871</sup> RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**, 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 131.

<sup>872</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 90.

Eneida Salgado critica "a prática jurisdicional de construção de regra pelo Poder Judiciário, sem respeito aos precedentes, sem coerência, sem consistência e sem unidade".<sup>873</sup>

Marcelo Roseno de Oliveira destaca que os demais órgãos da Justiça Eleitoral acabam reproduzindo, acriticamente, precedentes do TSE, "por fatores que deitam raízes na própria forma de investidura dos magistrados, regida pela regra da temporariedade".<sup>874</sup>

Segundo Marcelo Roseno,

o rodízio permanente de magistrados contribui, ainda, para que os julgados do TSE assumam nítida autoridade persuasiva (*persuasive authority*), desencorajando comportamento mais ousado dos Regionais e dos juízes e juntas eleitorais no sentido de formular interpretações a par das já realizadas pela Corte Superior [...] diante da movimentação constante dos que recrutados para o exercício da judicatura (de quem, como visto, não se exige afinidade com a matéria), verifica-se a natural acomodação dos operadores quanto a acatar, sem maiores questionamentos, os precedentes dos TSE, que, assim, findam por assumir força quase vinculante.<sup>875</sup>

As modificações jurisprudenciais no Direito Eleitoral brasileiro são reiteradas, o que se pode imputar, também, à temporariedade dos mandatos dos juízes eleitorais, "a ocasionar constantes mudanças dos que desempenham a judicatura eleitoral e, como resultado, frequentes alterações de curso da jurisprudência".<sup>876</sup>

E o costumeiro câmbio jurisprudencial não vem protegido pela modulação dos efeitos, o que faz com que ocorram "tratamentos díspares a situações verificadas na mesma eleição".<sup>877</sup> Como exceção, pode-se referir o Agravo Regimental no REspe 28.499/PA,<sup>878</sup> em que se estabeleceu que a

<sup>873</sup> SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 17.

<sup>874</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 90-91.

<sup>875</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 83.

<sup>876</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 92.

<sup>877</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 92.

<sup>878</sup> TSE - Agravo Regimental no REspe 28.499/PA - Rel. Min. Marcelo Ribeiro - j. 05/08/2008. Em razão do precedente, deixou-se de aplicar multas por pinturas em muro que superasse os 4m<sup>2</sup> nas eleições de 2006, mesmo diante da Resolução 22.246/2006 do TSE.



"jurisprudência do TSE recomenda não haver alteração do posicionamento jurisprudencial em relação à mesma eleição".

É preciso, nesse sentido, melhor conciliar a salutar temporariedade dos mandatos dos juízes eleitorais com a estabilidade jurisprudencial, respeitando-se os precedentes.

De qualquer sorte, não são poucos os casos em que a jurisprudência eleitoral se mostra cambiante, muitas vezes, em decorrência da simples alteração da composição do Tribunal Superior Eleitoral, a demandar maiores reflexões. Nesse ponto, merecem destaques alguns entendimentos que, em pouco espaço de tempo, sofreram abruptas alterações, ensejando uma perigosa instabilidade jurisprudencial.

E a insegurança é ainda maior quando a alteração da orientação jurisprudencial, fruto da modificação da composição dos tribunais, se dá dentro de um mesmo pleito eleitoral.

Um dos exemplos decorre do fato de o TSE, em 2004, ter ampliado o conceito de quitação eleitoral, ao expedir a Resolução 21.823/04,<sup>879</sup> que alterou entendimento anterior da Justiça Eleitoral e passou a exigir a *regular* prestação de contas de campanha.<sup>880</sup>

Tendo em vista a verdadeira normatização da Justiça Eleitoral, que incluiu requisitos, até então inexistentes, para a certidão de quitação eleitoral, o Congresso Nacional, na Lei n. 12.034/2009, incluiu o § 7º ao art. 11 da Lei das Eleições<sup>881</sup> e retirou o adjetivo *regular*, tornando desnecessária a aprovação das contas em pleitos anteriores, voltando a bastar a mera apresentação das contas de campanha.<sup>882</sup>

<sup>879</sup> TSE - Resolução 21.823/DF - Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - j. 15/06/2004.

<sup>880</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 288. Anteriormente a essa previsão, bastava a apresentação de contas de campanha em eleição anterior, não havendo a necessidade de aprovação das mesmas, para se obter a quitação eleitoral. O vocábulo *regular*, adjetivando a prestação de contas, deu a entender ser necessária, agora, a sua aprovação pela Justiça Eleitoral, não bastando mais as contas terem sido prestadas.

<sup>881</sup> § 7º A certidão de quitação eleitoral abrangerá exclusivamente a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, o atendimento a convocações da Justiça Eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela Justiça Eleitoral e não remitidas, e a apresentação de contas de campanha eleitoral.

<sup>882</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? In BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 289.

No entanto, o TSE, na Resolução 23.221/DF,<sup>883</sup> de 02 de março de 2010, disciplinando em sentido diverso do estabelecido pela Lei n. 12.034/2009, expôs, em seu art. 26, § 4º, que a quitação eleitoral demandava "a apresentação *regular* das contas de campanha eleitoral".

Nesse contexto, o Tribunal Superior Eleitoral, no Processo Administrativo 59.459/DF,<sup>884</sup> em 03 de agosto de 2010, por maioria de quatro votos a três, expressamente, decidiu que a mera apresentação das contas era insuficiente para fins de quitação eleitoral, sendo necessária a sua aprovação, em clara afronta ao disposto no art. 11, § 7º, da Lei n. 9.504/97, com a redação da Lei n. 12.034/2009.

No julgamento, formaram a maioria os Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Nancy Andrighi, restando vencidos os Ministros Arnaldo Versiani, Marcelo Ribeiro e Aldir Passarinho Júnior.

Contudo, menos de dois meses depois, com o fim do mandato da Ministra Nancy Andrighi e o ingresso na Corte do Ministro Hamilton Carvalhido, inverteu-se a maioria, tendo o TSE, por quatro votos a três, decidido, no REspe 442.363/RS,<sup>885</sup> julgado em 28 de setembro 2010, que

a Lei n° 12.034/2009 trouxe novas regras no que tange à quitação eleitoral, alterando o art. 11 da Lei n° 9.504/97, que, em seu § 7º, passou a dispor expressamente quais obrigações necessárias para a quitação eleitoral, entre elas exigindo tão somente a apresentação de contas de campanha eleitoral.

Percebe-se que, em uma mesma eleição e durante o período eleitoral propriamente dito, houve a alteração do significado de quitação eleitoral, requisito de registrabilidade que importa na definição de quem poderá ou não ser candidato. E a modificação jurisprudencial decorreu de um único fator: a mudança da composição do TSE, que importou na inversão da maioria de quatro votos a três.

Inegável o acerto do novo posicionamento do TSE, em razão de contemplar a *mens legis* e a *mens legislatoris*, claramente, explicitados na Lei n. 12.034/2009. Entretanto, percebe-se a insegurança jurisprudencial que assola o Direito Eleitoral, especialmente em razão de que, quando dos registros de candidatura, o entendimento era o de que a aprovação das contas de campanha

---

<sup>883</sup> TSE - Resolução 23.221/DF - Rel. Min. Arnaldo Versiani - j. 02/03/2010.

<sup>884</sup> TSE - PA 59.459/DF - Rel. Min. Arnaldo Versiani - j. 03/08/2010.

<sup>885</sup> TSE - REspe 442.363/RS - Rel. Min. Arnaldo Versiani - j. 28/09/2010.

era requisito de registrabilidade. Posteriormente, às portas da eleição propriamente dita, mudou-se o entendimento e se retirou a necessidade de aprovação das contas de campanha, bastando sua mera apresentação.

De qualquer sorte, a instabilidade jurisprudencial não se limitou ao pleito de 2010. Nas eleições de 2012, o TSE emitiu a Resolução 23.376/2012,<sup>886</sup> que dispôs sobre a arrecadação e os gastos de recursos na campanha eleitoral e sobre a prestação de contas. Ocorre que essa resolução, em seu art. 52, § 2º, expressamente, positivou, contrariamente ao disciplinado na Lei n. 12.034/2009, que “a decisão que desaprovar as contas de candidato implicará o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral”.

Como se tratava de resolução atinente à prestação de contas, e não ao registro de candidatura, poder-se-ia entender que se tratava de consequência que somente seria aplicada nos pleitos subsequentes. No entanto, a intenção da Justiça Eleitoral era reipristinar o requisito da prestação de contas *regular* de campanha para a obtenção de certidão eleitoral, em contrariedade com a previsão legislativa existente.

Porém, tendo em vista as divergências existentes no Tribunal Superior Eleitoral, em que as maiorias se formam de acordo com a composição do Tribunal, pouco menos de quatro meses depois foi expedida a Resolução 23.382/2012,<sup>887</sup> que alterou a resolução anterior e excluiu o § 2º do art. 52, retirando o impedimento do fornecimento da certidão de quitação eleitoral na hipótese de rejeição de contas.<sup>888</sup>

Percebe-se que, mesmo havendo texto expresso de lei, o Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições de 2010 e 2012, travou sérios debates acerca da aprovação das contas como requisito para a obtenção da certidão de quitação eleitoral, sendo que as mudanças de entendimento ocorreram dentro de uma mesma eleição, em razão da modificação da composição do Tribunal, o que evidencia a insegurança jurídica em decorrência da instabilidade jurisprudencial.

A crítica à alteração da jurisprudência da Justiça Eleitoral, em razão da simples modificação da composição do TSE, ficou clara quando do voto do Ministro Joaquim Barbosa, então presidente do STF, no julgamento da ADI 4.963,

---

<sup>886</sup> TSE - Resolução 23.376/DF - Rel. Min. Arnaldo Versiani - j. 01/03/2012.

<sup>887</sup> TSE - Resolução 23.382/2012 - Rel. Min. Arnaldo Versiani - j. 28/06/2012.

<sup>888</sup> COSTA, Tailaine Cristina. Justiça Eleitoral e sua competência normativa. **Paraná Eleitoral**, n. 1, v. 2, 2013, p. 104.

tendo o Ministro se mostrado contrário à definição das bancadas nos Parlamentos por resolução do TSE, tendo em vista as constantes alternâncias de posicionamento decorrentes de um *tribunal instável que muda de composição* frequentemente.

Para se atenuar a instabilidade decorrente da temporariedade da magistratura eleitoral poder-se-ia aumentar a duração dos mandatos, bem como evitar a alteração na composição dos tribunais durante o pleito eleitoral.<sup>889</sup>

Também seria salutar que a Justiça Eleitoral, dada essa característica cambiante da composição das cortes eleitorais, adotasse a técnica do precedente, com "respeito à *ratio decidendi*, que constitui a *universalização das razões necessárias e suficientes* constantes da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso".<sup>890</sup>

## SEÇÃO II. Princípio da anualidade ou da anterioridade eleitoral

O princípio da anualidade ou da anterioridade eleitoral está previsto no art. 16 da Constituição, tendo sido a sua redação alterada pela Emenda Constitucional n. 4, de 1993, passando a dispor que "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". A alteração do dispositivo se deu em razão de que, anteriormente à EC n. 4, o art. 16 dispunha que "a lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após sua promulgação". Percebe-se, pois, que a redação original criava uma *vacatio legis* de um ano para leis que *alterassem o processo eleitoral*, independentemente de sua promulgação ocorrer ou não em ano eleitoral. Com a nova redação, a lei entra em vigor na data de sua

---

<sup>889</sup> Como bem ressalta OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições**: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 81, "o modelo atualmente adotado parece merecer, ao menos, um debate mais aprofundado na comunidade acadêmica e junto à Justiça Eleitoral".

<sup>890</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103-104.

publicação, sendo que a sua eficácia, caso altere o processo eleitoral, é que será postergada para eleições que ocorram após um ano de sua vigência.<sup>891</sup>

Trata-se de uma "garantia fundamental componente do plexo de garantias do devido processo legal eleitoral",<sup>892</sup> que foi introduzida para "pôr um ponto final no costume então vigente de se alterar a legislação eleitoral no ano das eleições, muitas vezes para favorecer o grupo político majoritário", servindo como uma "barreira constitucional contra as *leis casuísticas* editadas no curso do processo eleitoral".<sup>893</sup>

Acerca do princípio da anterioridade eleitoral, há um razoável número de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as constantes alterações e inovações da legislação eleitoral, não raramente, realizadas no período compreendido na previsão do art. 16 da Constituição.

E esse é o ponto central a ser tratado aqui: a anterioridade eleitoral, que seria uma garantia do devido processo legal, capaz de propiciar maior segurança jurídica ao Direito Eleitoral, sofre de nítida insegurança jurisprudencial em sua aplicação. Dessa forma, será feita a análise, caso a caso, dos julgados do Supremo Tribunal Federal e também do Tribunal Superior Eleitoral, sobre a anterioridade eleitoral, demonstrando-se a insegurança acerca de sua aplicação ou não às inovações legislativas ocorridas no período compreendido pelo art. 16 da Constituição. E isso fica ainda mais claro quando se percebe que "três dos julgamentos mais representativos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema foram decididos por uma maioria apertada de 06 votos a 05".<sup>894</sup>

Antes mesmo da alteração da redação do art. 16 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 129.392/DF,<sup>895</sup> de lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se rejeitou a arguição de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar n. 64/90, a Lei das Inelegibilidades, que fora

---

<sup>891</sup> ANDRADE, Josevando Souza. Lei da ficha limpa: análise de sua eficácia à luz dos princípios constitucionais. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 56.

<sup>892</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 528.

<sup>893</sup> VALE, André Rufino do. A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16 da Constituição. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 78.

<sup>894</sup> VALE, André Rufino do. A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16 da Constituição. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 74.

<sup>895</sup> STF - RE 129.392/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 17.06.1992.

promulgada no mesmo ano do pleito eleitoral de 1990, tendo em vista que essa lei teria definido "o regime constitucional de inelegibilidade exigido pelo art. 14, § 9º, da Constituição".<sup>896</sup> Esse já havia sido o entendimento do TSE na Resolução 16.551/DF.<sup>897</sup>

O STF entendeu, portanto, que a LC n. 64/90 inaugurava um regime novo de inelegibilidades em razão da própria Constituição, tendo em vista o disposto no art. 14, § 9º, não podendo, pois, ser considerada inconstitucional por violação ao art. 16 da Constituição.<sup>898</sup>

Para Gilmar Mendes, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da anterioridade, após a EC n. 4/93, pode ser dividida em duas fases: a primeira envolveria os julgamentos das ADI 733,<sup>899</sup> 718<sup>900</sup> e 354;<sup>901</sup> a segunda, os julgamentos das ADI 3.345,<sup>902</sup> 3.685,<sup>903</sup> 3.741<sup>904</sup> e ADI-MC 4.307.<sup>905</sup>

906

Os primeiros dois precedentes, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 733 e 718, versavam sobre a inconstitucionalidade de leis estaduais que criavam novos municípios em ano eleitoral. Em ambos os casos, houve o entendimento de que tal fato não alterava o processo eleitoral, não se aplicando o princípio da anterioridade eleitoral disposto no art. 16 da Constituição. Impõe-se salientar que os referidos julgados expressaram que "a lei de que trata o art. 16 da Constituição é a lei emanada do Congresso Nacional no exercício da

<sup>896</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 528. Assim, diferentemente da LC 135/2010, a Lei da Ficha Limpa, o autor salienta, às p. 529-530, que o STF entendeu que a LC 64/90 cumpria um mandamento constitucional, instituindo "todo um sistema de inelegibilidades para cumprir preceitos constitucionais e preencher um vazio legislativo [...], sob a égide de uma Constituição recém promulgada", razão pela qual não se aplicava a ela o art. 16 da própria Constituição Federal.

<sup>897</sup> TSE - Resolução 16.551/DF - Rel. Min. Octávio Galloti - j. 31/05.1990.

<sup>898</sup> Esse, também, é o entendimento de CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luiz de Pádua. "Ficha limpa" & questões constitucionais. "Direito Eleitoral do Inimigo" (retroagir?). **Estudos Eleitorais**, v. 5, n.1, Brasília, 2010, p. 67, ao dispor que "a LC 64/90 veio apenas materializar/regulamentar o artigo 14, § 9º, da CF/88, razão pela qual foi aceita a menos de "um ano e dia" do pleito".

<sup>899</sup> STF - ADI 733/MG - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 17/06/1992.

<sup>900</sup> STF - ADI 718/MA - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - j. 05/11/1998.

<sup>901</sup> STF - ADI 354/DF - Rel. Min. Octávio Galloti - j. 24/09/1990.

<sup>902</sup> STF - ADI 3.345/DF - Rel. Min. Celso de Mello - j. 25/08/2005

<sup>903</sup> STF - ADI 3.685/DF - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 23/03/2006.

<sup>904</sup> STF - ADI 3.741/DF - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - j. 06/09/2006.

<sup>905</sup> STF - ADI-MC 4.307/DF - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 11/11/2009.

<sup>906</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 530.

competência privativa da União", razão pela qual não se aplicaria às leis estaduais.<sup>907</sup>

Já, na ADI 354, de relatoria do Ministro Octávio Gallotti, que tratava da aplicação da Lei n. 8.037/90 e que introduziu normas relativas à apuração de votos, estabeleceu-se uma divergência acerca do conteúdo da expressão *processo eleitoral*, tendo os votos majoritários, capitaneados pelo Relator, que foi acompanhado pelos Ministros Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira, entendido que a norma hostilizada não violaria o princípio da anterioridade eleitoral. A destacar o voto dos Ministros Paulo Brossard, Moreira Alves e Néri da Silveira, que entenderam que *processo eleitoral* abrangeria "apenas normas eleitorais de caráter instrumental ou processual e não aquelas que dizem respeito ao direito eleitoral material ou substantivo".<sup>908</sup>

De imediato, percebe-se o equívoco do entendimento consagrado nos votos vencedores, eis por que *processo eleitoral* não se confunde com *Direito Processual Eleitoral*, visto que a previsão do art. 16 da Constituição busca proteger os pleitos eleitorais de leis casuísticas que afetem a igualdade de oportunidade entre os candidatos e, por isso, maculem a lisura das eleições. E tais casuísmos ou desigualdades não são causados por normas de Direito Processual, mas sim, substancial.

De qualquer sorte, o julgamento da ADI 354 acabou marcando o início da transição para a segunda fase da jurisprudência do STF sobre a anterioridade eleitoral, tendo em vista que os votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho, "vistos em seu conjunto, entenderam que a interpretação do art. 16 deve levar em conta dois aspectos fundamentais: o significado da expressão "processo eleitoral" e a teleologia da norma constitucional".<sup>909</sup>

---

<sup>907</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 530-531.

<sup>908</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 531.

<sup>909</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 531.

Merece destaque o voto do Ministro Celso de Mello, que trouxe, pela primeira vez, a definição de processo eleitoral que, posteriormente, com pequenas alterações, restou consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo que ele,

enquanto sucessão ordenada de atos e estágios casualmente vinculados entre si, supõe, em função do tríplice objetivo que persegue, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao disciplinar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) **fase pré-eleitoral**, que, iniciando-se com a apresentação de candidaturas, estende-se até a realização da propaganda eleitoral respectiva; (b) **fase eleitoral propriamente dita**, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) **fase pós-eleitoral**, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes.

Essa definição de processo eleitoral foi elaborada, levando em consideração os magistérios de Tito Costa, para quem o processo eleitoral constituía um *iter* que iria desde a escolha dos candidatos em convenção partidária, até sua eleição, proclamação e diplomação, e de José Afonso da Silva, que entendia que o processo eleitoral se desenvolvia, basicamente, em três fases: a apresentação das candidaturas, a organização e realização do escrutínio e o contencioso eleitoral.

Também, extrai-se, dos votos vencidos, a teleologia do art. 16 da Constituição, que busca "impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma casuística e que interfiram na igualdade de participação dos partidos políticos e seus candidatos".<sup>910</sup> Nesse passo, merece relevo o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, demonstrando a importância para a democracia da preservação das regras do jogo, que devem "ser prévias à apresentação dos contendores e ao desenvolvimento da disputa e, portanto, imutáveis, até a sua decisão", coibindo-se casuísmos. E, assim, concluiu o Ministro: "Não concordo com a premissa de que haja casuísmos condenáveis e não condenáveis. A meu ver a Constituição não quis casuísmos. Apenas isso".

Aliás, como refere André Rufino do Vale, o princípio da anterioridade "contém uma presunção de que qualquer mudança no processo eleitoral configura um fator de desequilíbrio entre as diversas forças jurídicas adversárias", não se fazendo distinção entre leis gerais e abstratas e leis casuísticas; em razão disso,

---

<sup>910</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 532.



"qualquer lei que altere o processo eleitoral, por constituir uma ameaça à isonomia entre os concorrentes, está submetida à regra de anualidade".<sup>911</sup>

A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da anterioridade eleitoral se deu a partir do julgamento da ADI 3.345/DF, de 2005, em que "passaram a prevalecer os parâmetros de interpretação dessa norma constitucional anteriormente definidos pelos votos vencidos na ADI 354".<sup>912</sup>

A ADI 3.345/DF já foi enfrentada no presente estudo, tratando-se do questionamento da Resolução 21.702/2004 do TSE, que adotou o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da proporcionalidade do número de vereadores, estatuída pelo art. 29, IV, da Constituição.

Nessa oportunidade, o STF entendeu, passível de controle abstrato de constitucionalidade, ato normativo emanado do Tribunal Superior Eleitoral, tendo em vista a autonomia jurídica e a suficiente densidade normativa da Resolução hostilizada. E, no que concernia ao princípio da anterioridade, entendeu o Supremo Tribunal que a Resolução não ofendia o art. 16 da Constituição, mas consagrou o significado da expressão *processo eleitoral* e a teleologia da norma emanados dos votos vencidos da ADI 354, fazendo constar em sua ementa.<sup>913</sup>

Assim, Gilmar Mendes asseverou que

---

<sup>911</sup> VALE, André Rufino do. A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16 da Constituição. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 80.

<sup>912</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 532.

<sup>913</sup> [...] PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE ELEITORAL: SIGNIFICADO DA LOCUÇÃO "PROCESSO ELEITORAL" (CF, ART. 16). - A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípuo destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais. Precedentes. - O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes. Magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA e ANTONIO TITO COSTA) [...]

as razões antes vencidas na ADI 354 passaram a figurar como fundamentos determinantes da atual jurisprudência do STF sobre o art. 16. Todos os julgamentos posteriores nos quais esteve envolvida a interpretação do art. 16 reportaram-se à teleologia da norma constitucional e ao significado da expressão "processo eleitoral" nela contida.<sup>914</sup>

Restou consagrada, pois, a definição de processo eleitoral como uma sucessão ordenada de atos, cujo *iter* se desenvolve desde a fase pré-eleitoral, com apresentação das candidaturas e a realização da propaganda eleitoral, passa pela fase eleitoral propriamente dita, com a realização da votação, e estende-se para a fase pós-eleitoral, que evolui até a diplomação dos candidatos eleitos e de seus respectivos suplentes.<sup>915</sup>

Trata-se, portanto, de um *iter* temporal que vai desde a realização das convenções e escolha dos candidatos até a diplomação dos eleitos e seus suplentes.

Já, a teleologia da anterioridade eleitoral ficou consubstanciada na finalidade de impedir a deformação do processo eleitoral com modificações legislativas casuísticas que comprometam a igualdade de oportunidade entre os candidatos e o direito das minorias.

Insta salientar que, em que pese a consagração do significado da expressão *processo eleitoral* e da teleologia do princípio da anterioridade eleitoral, a ADI 3.345/DF não entendeu ter ocorrido a violação do disposto no art. 16 da Constituição.

Nesse contexto, é que o julgamento da ADI 3.685/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, ocorrido em 2006, "representa um marco na evolução jurisprudencial sobre o art. 16 da Constituição", visto que "foi a primeira vez que o STF aplicou a norma constitucional para impedir a vigência imediata de uma norma eleitoral".<sup>916</sup>

---

<sup>914</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 533.

<sup>915</sup> Em relação à apresentação das candidaturas, importante salientar que o período retroage até um ano antes do pleito, pois essa é a data limite para que um candidato tenha filiação partidária e estabeleça o domicílio eleitoral na circunscrição do pleito. Tratando-se de condições de elegibilidade, a filiação e o domicílio são imprescindíveis para a escolha dos candidatos.

<sup>916</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 534. Conforme o autor, "ambos os entendimentos levaram à conclusão de que o art. 16 constitui cláusula pétrea".

No caso em comento, o ato normativo guerreado foi a Emenda Constitucional n. 52/2006, que intentava o fim da chamada verticalização das coligações, mas que não foi aplicada ao pleito eleitoral daquele ano, como, anteriormente, estudado (B).

De qualquer sorte, há que se sublinhar que o julgamento do STF demonstrou ser aplicável o disposto no art. 16 da Constituição em face de Emendas Constitucionais, demonstrando-se, ainda mais, a elasticidade do vocábulo *lei* lá previsto. Assim, percebe-se que, por *lei* que altere o processo eleitoral, a jurisprudência do STF, que já estendera o alcance a *resoluções* do Tribunal Superior Eleitoral, agora o fazia em face de normas emanadas do Poder Constituinte derivado, tratando-se, em verdade, de "qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato".<sup>917</sup>

E, mais, a partir desse julgamento, a anterioridade eleitoral passou a ser vista como uma "*garantia fundamental* do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos".<sup>918</sup>

Posteriormente, na ADI 3.741, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser a Lei n. 11.300/2006 aplicável ao pleito daquele ano.<sup>919</sup>

Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal considerou, em 06 de agosto de 2006 - já em pleno curso as eleições gerais -, que a referida lei, de 10 de maio de 2006 - um mês antes do início do período de realização das convenções -, não afetava a igualdade de oportunidade entre os candidatos, não trazia qualquer deformação das eleições, não gerava perturbação do pleito e não tinha qualquer propósito casuístico, razão por que a lei não alterava o *processo eleitoral*.

Esse já tinha sido o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, que havia expedido a Resolução 22.205/2006,<sup>920</sup> publicada em 13 de junho de 2006 -

---

<sup>917</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 534.

<sup>918</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 534.

<sup>919</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 534-535.

<sup>920</sup> TSE - Resolução 22.205/DF - Rel. Min. Gerardo Grossi - j. 23/05/2006.

período em que já estavam em curso as convenções partidárias -, entendendo aplicáveis artigos da Lei n. 11.300/2006 às eleições gerais daquele ano.

O propósito da legislação guerreada era o de baratear os custos das campanhas eleitorais, retirando do ordenamento inúmeros meios de propaganda até então admitidos, como *outdoor*, placas em postes de eletricidade, brindes eleitorais e showmício. Também, buscava maior transparência nas prestações de contas de campanha, instituindo, por exemplo, as prestações de contas parciais, nos dias 06 de agosto e 06 de setembro do ano da eleição e incluindo o art. 30-A da Lei das Eleições, que versa sobre captação ilícita e gastos indevidos de recursos, tipificando como ilegal o chamado "Caixa 2".

Em que pese o Supremo Tribunal Federal ter considerado aplicável a Lei 11.300/2006 às eleições gerais do mesmo ano, não há dúvidas de que a referida lei alterava, sim, o processo eleitoral, tendo em vista que, nesse *iter* temporal, estão compreendidas as atividades de propaganda eleitoral e de financiamento e prestação de contas de campanha.

Repisa-se que a expressão *processo eleitoral* abrange as fases pré-eleitoral, eleitoral propriamente dita e pós-eleitoral, indo desde as convenções para escolha dos candidatos até a diplomação dos candidatos eleitos, passando, inegavelmente, pela propaganda eleitoral e pelo financiamento de campanha. E não se pode olvidar o célebre voto do Ministro Sepúlveda Pertence, anteriormente referido, segundo o qual não há que se falar em casuísmos condenáveis ou não condenáveis, visto que a "Constituição não quis casuísmos. Apenas isso".

Aliás, matéria muito semelhante à disciplinada na Lei n. 11.300/2006 foi a introduzida pela Lei n. 12.891/2013, a chamada "minirreforma eleitoral" do pleito de 2014, publicada há menos de um ano das eleições de 2014 e que alterava, especialmente, dispositivos da Lei das Eleições atinentes à propaganda eleitoral e ao financiamento de campanha.

A Lei n. 12.891/2013, no entanto, não teve sua constitucionalidade submetida ao Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o próprio Tribunal Superior Eleitoral, respondendo à Consulta 100.075,<sup>921</sup> em 24 de junho de 2014, por maioria, vencidos os Ministros João Otávio de Noronha, Henrique Neves da Silva e Laurita Vaz, entendeu não aplicável a lei ao pleito eleitoral de 2014, em

---

<sup>921</sup> TSE - Consulta 100.075 - Rel. Min. Gilmar Mendes - j. 24.06.2014.

razão do princípio da anterioridade eleitoral. Contudo, percebe-se, da referida consulta, que a não aplicação da *novel* legislação se deu muito mais em razão de a sua análise ter ocorrido com a eleição em pleno andamento, já quase ao final do período de realização das convenções, do que em razão de as disposições legais alterarem ou não o *processo eleitoral*.<sup>922</sup>

No entanto, fica clara a insegurança jurisprudencial em relação à anterioridade eleitoral, visto que o Judiciário considerou aplicável a Lei n. 11.300/2006, que era do próprio ano da eleição, e considerou não aplicável a Lei n. 12.891/2013, compreendida na vedação do art. 16 da Constituição, mas que foi publicada no ano anterior ao pleito, muito embora o conteúdo normativo de ambas as leis fosse muito parecido.

Por fim, antes da análise do emblemático caso da Lei Complementar n. 135/2010, o Supremo Tribunal Federal ainda analisou a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.307, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que, em 11 de novembro de 2009, "suspendeu a aplicação da EC 58/2009, na parte em que determinava a retroação, para atingir pleito eleitoral já realizado em 2008, dos efeitos das novas regras constitucionais sobre limites máximos de vereadores nas Câmaras Municipais".<sup>923</sup>

No referido julgado, consolidou-se o entendimento de que o vocábulo *lei* do art. 16 da Constituição deve ser "interpretado de forma ampla", abrangendo "qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato, emanada do Congresso Nacional",<sup>924</sup> consolidando-se, também, o "significado da expressão *processo eleitoral* e a teleologia da norma constitucional", bem como que o princípio da anterioridade "constitui uma *garantia fundamental* do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, que, qualificada como *cláusula pétrea*, compõe o plexo de garantias do *devido processo legal* eleitoral".<sup>925</sup>

---

<sup>922</sup> Insta reiterar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal havia entendido aplicável a Lei n. 11.300/2006 ao pleito eleitoral daquele ano em decisão de 06 de agosto de 2006, quando, inclusive, já tinham ocorrido as convenções e os registros de candidatura.

<sup>923</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 535.

<sup>924</sup> Não se pode olvidar, contudo, que o princípio da anterioridade é aplicado também em relação a resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, não se limitando, pois, aos atos normativos "emanados do Congresso Nacional".

<sup>925</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 535-536.

O caso mais emblemático e recente, todavia, se deu em relação à Lei Complementar n. 135/2010, a conhecida Lei da Ficha Limpa.

## § 1º. Lei da Ficha Limpa

A redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 07 de junho de 1994, que alterou o § 9º do art. 14 da Constituição,<sup>926</sup> prevendo que Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade para a "proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato", já demonstrava a necessidade de se avançar na discussão da Lei das Inelegibilidades.<sup>927</sup>

Assim, em 29 de setembro de 2009, foi apresentado, na Câmara dos Deputados, o PLP 518/2009, fruto da iniciativa popular e que buscava instituir a chamada "Ficha Limpa", alterando a Lei Complementar n. 64/90, a Lei das Inelegibilidades.<sup>928</sup>

Após a tramitação e aprovação na Câmara dos Deputados, o projeto foi encaminhado, em 2010, ao Senado da República, tendo ingressado como Projeto de Lei Complementar n. 135/2010. No Senado, o projeto foi aprovado em

---

<sup>926</sup> § 9º "Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta" (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994).

<sup>927</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 6, n. 10, 2010, p. 20. Sobre a vida pregressa, CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luiz de Pádua. "Ficha limpa" & questões constitucionais. "Direito Eleitoral do Inimigo" (retroagir?). **Estudos Eleitorais**, v. 5, n.1, Brasília, 2010, p. 68, destaca a tentativa do Ministro Carlos Ayres Britto, antes da edição da Lei da Ficha Limpa, aplicá-la diretamente como "condição de elegibilidade implícita", no julgamento no TSE do Recurso Ordinário 1.069/04, conhecido como "Caso Eurico Miranda". No entanto, o voto revolucionário do Ministro Ayres Britto não foi adotado pelo TSE. A referida matéria ainda foi objeto da ADPF 1.444/DF, em que o STF "manteve o entendimento de que a matéria "vida pregressa" somente pode ser regulamentada por lei complementar".

<sup>928</sup> Conforme CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luiz de Pádua. "Ficha limpa" & questões constitucionais. "Direito Eleitoral do Inimigo" (retroagir?). **Estudos Eleitorais**, v. 5, n.1, Brasília, 2010, p. 69-70, a proposta original "previa a *condenação em primeira instância* ou, conforme o crime, a *denúncia recebida por órgão colegiado* como suficientes para impedir a candidatura a cargos eleitorais". Contudo, "com a aprovação do Substitutivo apresentado pelo Deputado José Eduardo Cardozo, prevaleceu a melhor técnica jurídica, consubstanciada na "condenação por órgão colegiado", para fins de ser declarada a inelegibilidade".

Plenário, em 19 de maio de 2010, apenas com a aprovação da emenda de redação n. 1 da Comissão de Constituição e Justiça, de autoria do Senador Francisco Dornelles.<sup>929</sup> O projeto foi à sanção presidencial, tendo sido sancionado em 04 de junho de 2010 e publicado no Diário Oficial de 07 de junho de 2010.

A Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar n. 135/2010, foi fruto de um projeto de iniciativa popular, coordenado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, em que foram colhidas mais de um milhão e seiscentas mil assinaturas,<sup>930</sup> cumprindo com o requisito de um por cento do eleitorado brasileiro, consoante disposição do art. 61, § 2º, da Constituição. A referida lei alterou a Lei Complementar n. 64/90, contemplando o disposto no art. 14, § 9º, da Constituição,<sup>931</sup> especialmente no que tange à chamada vida pregressa.

Não foram poucas as alterações no sistema de inelegibilidades introduzidas pela Lei da Ficha Limpa, podendo-se destacar a ampliação do período de inelegibilidade que, como regra, passou de três para oito anos,<sup>932</sup> a previsão de inelegibilidade a partir de julgamento por órgão colegiado, sem a necessidade do trânsito em julgado, a ampliação dos tipos penais ensejadores de inelegibilidade e a inclusão de novas hipóteses de inelegibilidade, como, por exemplo, (a) a renúncia a mandato eleitoral, desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, (b) a condenação à suspensão dos direitos políticos por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito e (c) a exclusão do exercício da profissão, por decisão

---

<sup>929</sup> A referida emenda causou certa repercussão nacional, ao alterar a redação das alíneas 'h', 'j', 'm', 'o' e 'q' do art. 1º, modificando o tempo verbal das disposições, que passaram a ser conjugadas no futuro do subjuntivo, em harmonia com os demais dispositivos do projeto, deixando de o ser no pretérito perfeito do subjuntivo. Não foram poucas as opiniões de que se tratava de tentativa de evitar a aplicação a fatos pretéritos, passando o projeto a operar efeitos prospectivos.

<sup>930</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 559.

<sup>931</sup> § 9º "Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta".

<sup>932</sup> Extremamente salutar, a alteração do tempo de inelegibilidade, visto que a previsão de três anos era uma inelegibilidade de faz de conta, que acabava sendo absolutamente ineficaz, tendo em vista que um candidato costuma concorrer a pleitos eleitorais de quatro em quatro anos. Assim, a inelegibilidade sancionada em um pleito eleitoral já estava exaurida quando da eleição seguinte, não trazendo qualquer consequência prática ao candidato.

sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional.

A Lei da Ficha Limpa em si não é objeto do presente estudo, tendo em vista que mereceria uma tese própria, a fim de que fossem analisadas todas as inovações trazidas ao ordenamento jurídico, como o aparente conflito entre a presunção de inocência e a condenação por órgão colegiado - sem a necessidade de trânsito em julgado -, a inclusão de diversas hipóteses novas de inelegibilidade e o exame de cada uma delas.

Contudo, o que se faz necessário é a análise da Lei Complementar n. 135/2010 em face do princípio da anterioridade e em razão dos efeitos retroativos da aplicação da lei, comprometendo a segurança jurídica em sua dimensão dinâmica.

No que tange ao princípio da anterioridade, discutiu-se muito a aplicação ou não da Lei da Ficha Limpa ao prélio eleitoral de 2010, em razão de ter entrado em vigor às vésperas do início do prazo para a realização das convenções e, portanto, sendo muito posterior ao prazo de um ano antes das eleições, como previsto no art. 16 da Constituição. A matéria foi objeto da Consulta 112.026/DF do TSE<sup>933</sup> e do Recurso Extraordinário 633.603/MG do STF.<sup>934</sup>

No Tribunal Superior Eleitoral, no dia 10 de junho de 2010 - portanto, no dia em que se iniciava o prazo para a realização das convenções partidárias e a realização da escolha dos candidatos -, a Consulta formulada pelo Senador Arthur Virgílio era a seguinte: "Uma lei eleitoral que disponha sobre inelegibilidades e que tenha a sua entrada em vigor antes do prazo de 05 de julho, poderá ser efetivamente aplicada para as eleições gerais de 2010?" Ela foi respondida afirmativamente, com base no voto do relator Ministro Hamilton Carvalhido. Na ocasião, restou vencido, unicamente, o Ministro Marco Aurélio.

Mesmo já estando em pleno andamento o processo eleitoral e se tratando, claramente, de um questionamento concreto sobre a aplicação ou não da Lei Complementar n. 135/2010, a Consulta foi conhecida pelo Tribunal Superior Eleitoral, igualmente, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio.

O posicionamento vencedor, com fulcro no voto do relator, Ministro Hamilton Carvalhido, com os acréscimos dos Ministros Cármen Lúcia, Aldir

---

<sup>933</sup> TSE - Consulta 112.026/DF - Rel. Min. Hamilton Carvalhido - j. 10/06/2010.

<sup>934</sup> STF - RE 633.603/MG - Rel. Min. Gilmar Mendes - j. 23/03/2011.



Passarinho Júnior e Ricardo Lewandowski (presidente), que acompanhavam, integralmente, o posicionamento, e dos Ministros Arnaldo Versiani e Marcelo Ribeiro, que acompanhavam o voto do relator, mas ressalvavam posicionamento, fundou-se, basicamente, no escopo da lei de preservar *valores democráticos altamente protegidos*, como a *probidade administrativa* e a *moralidade para o exercício de mandato eletivo*, e em precedentes do Supremo Tribunal Federal, destacando-se a ADI 3.741 e o RE 129.392, este último que, igualmente, tratava da matéria atinente a inelegibilidades.

Nessa toada, o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente do TSE à época, enfatizou, em resposta à ponderação do Ministro Marcelo Ribeiro, que a Lei da Ficha Limpa não incidiria na previsão do art. 16 da Constituição, cujo escopo seria evitar normas casuísticas muito utilizadas no regime militar, porque

o casuísmo do regime autoritário era para atingir determinadas pessoas, determinados candidatos, determinados políticos. Esse casuísmo, se é que podemos chamá-lo assim, é um casuísmo linear, porque atinge a todos os partidos e a todos os candidatos, indistintamente. Ou seja, não há rompimento da necessária paridade de armas.

Muito embora apenas o Ministro Marco Aurélio tenha restado vencido na consulta do TSE, impõe-se atentar aos votos dos Ministros Arnaldo Versiani e Marcelo Ribeiro, que acompanharam a maioria, mas ressalvaram posicionamento, demonstrando opinião contrária à aplicação da Lei da Ficha Limpa ao pleito daquele ano.

Assim, Arnaldo Versiani referiu que sempre entendeu, "de acordo com o artigo 16 da Constituição Federal, que toda alteração no processo eleitoral deve respeitar o principio da anterioridade" e que nada causaria "mais perturbação ou alteração no equilíbrio de forças no processo eleitoral do que a causa de inelegibilidade", visto que a Justiça Eleitoral se assentaria em "três princípios básicos: o direito de votar, o direito de ser votado e a preservação do resultado das urnas, ressalvados os casos de abuso, corrupção e fraude. Esses são princípios dos mais primordiais possíveis para a Justiça Eleitoral"

Nesse contexto, perquiriu o Ministro:

É claro que para todos, em geral, essa alteração vem para o bem, mas podem ocorrer alterações que virão para o mal. Pergunto: se amanhã surgir alguma lei complementar, feita às pressas pelo Congresso Nacional, que venha a revogar

alguma causa de inelegibilidade, deveremos também dar-lhe eficácia imediata? Porque se entendermos, como regra geral, que o artigo 16 não se aplica ao caso, e o que se emprega é o § 9º do artigo 14, que exige a edição de lei complementar; logo deveremos aplicar o entendimento tanto para as causas que criem inelegibilidades - ou até outras condições de elegibilidade - como também para aquelas que extinguem as mesmas causas de inelegibilidade ou que retirem, talvez, uma eficácia ou rigor maior.

Concluiu o Ministro Versiani, acompanhando entendimento proferido no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que "o processo eleitoral se inicia com o alistamento dos eleitores e termina com a diplomação dos candidatos, inclusive, com a prestação de contas", dizendo respeito ao processo eleitoral as matérias atinentes à "propaganda; votação; apuração; alistamento; condições de elegibilidade; causas de inelegibilidade", razão pela qual entendia que "o processo eleitoral se inicia realmente um ano antes da eleição", visto que "todos precisam saber essas regras e precisam estar em condições". Ademais, ponderou o Ministro que o precedente do STF relativo à LC n. 64/90 diferia do que estava em análise, pois, na época, "haveria uma espécie de vazio entre a não aplicabilidade da LC n° 64/90 e a inexistência da LC n° 5/70".

Já, o Ministro Marcelo Ribeiro, percebendo que a consulta não estava sendo respondida de forma abstrata, em tese, como se impõe à função consultiva da Justiça Eleitoral, salientou que "a consulta foi formulada antes da lei. É até bom que o tenha sido, porque, do contrário, ficaria caracterizado o caso concreto", asseverando que se tratava de resposta a "uma consulta sobre uma lei em tese, ou seja, não estamos julgando se essa lei complementar, que criou o princípio da "Ficha Limpa", aplica-se ou não às eleições de 2010. Isso nós não podemos fazer, porque seria caso concreto".

Os Ministros Marcelo Ribeiro e Arnaldo Versiani fizeram a ressalva de que entendiam não ser aplicável a Lei Complementar 135/2010 ao prélio eleitoral daquele ano. Contudo, acompanharam o Relator por entender que aquele seria o posicionamento do STF, consoante precedentes, fazendo-o para não contrastar com o futuro entendimento da Suprema Corte.

Destarte, restou vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, que, preliminarmente, entendeu que a consulta não deveria ser conhecida, em razão de entendimento histórico da Justiça Eleitoral, tendo em vista que já estava em curso, já estando "no período das convenções e, obviamente, a Lei repercute na escolha dos candidatos pelos Partidos políticos, em razão do que nela se contém e do

próprio pronunciamento do Tribunal, se formos adiante, como tudo indica que iremos".

No mérito, o Ministro Marco Aurélio atentou que

a cláusula vedadora é categórica: não se aplicando, desde que altere o processo eleitoral - e para mim, a mais não poder, a nova Lei, quanto à escolha e quanto ao deferimento de registro a candidatos, modifica o processo eleitoral -, à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

Em seu voto, questionou:

Que culpa tem o Judiciário quanto à demora na tramitação do processo legislativo versando a matéria? Ficamos, realmente, em uma situação delicada, tendo em conta os anseios da sociedade. Costumo dizer que, havendo coincidência entre o apelo popular e o convencimento do órgão julgador, este sai aplaudido. Quando não há, sai execrado, e é mais ou menos a situação presente.

Mesmo diante do entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, segundo o qual seria aplicável a LC n. 135/2010 às eleições gerais daquele ano, os julgamentos proferidos pelos Tribunais Regionais não foram uníssonos, tendo ocorrido muitas divergências jurisprudenciais, causando um estado de extrema insegurança jurídica. E tudo isso com as eleições em pleno andamento.

Como não poderia ser diferente, a matéria foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, em razão de julgamentos proferidos pelo Tribunal Superior Eleitoral que indeferiam registro de candidatos tidos como *ficha suja*.

Nesse contexto, é que se destaca o Recurso Extraordinário 633.603/MG, de lavra do Ministro Gilmar Mendes, e que deu origem ao artigo publicado na obra "Constitucionalismo e democracia".<sup>935</sup>

No referido julgamento, com base no princípio da anterioridade, o Supremo Tribunal Federal, por maioria apertada, entendeu não ser aplicável a Lei

---

<sup>935</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 527-559. Destaca-se a importância do RE 633.603/MG, em que foi analisado o mérito da *repercussão geral* da matéria, por ter sido proferido com a presença dos 11 Ministros do STF, uma vez que, em precedente anterior - RE 631.102/PA -, o resultado tinha sido de empate, eis por que ainda não havia sido nomeado o Ministro Luiz Fux para o STF. Aliás, nesse precedente, havia sido mantido o acórdão do TSE que declarava inelegível Jäder Barbalho nas eleições de 2010, por força da LC 135/2010, em razão do empate no STF em cinco a cinco, o que não permitiria reformar o acórdão recorrido. Contudo, em razão da repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE nº 633.703/MG, em que se aplicou o princípio da anterioridade eleitoral em relação à LC n. 135/2010, foram agregados efeitos modificativos aos embargos de declaração, deferindo-se o registro de Jader Barbalho em 14 de dezembro de 2011, quase ao final do primeiro ano do mandato eleitoral por ele obtido nas urnas.

da Ficha Limpa ao prélio eleitoral de 2010. E isso já com os mandatos obtidos naquela eleição em pleno andamento, visto que o julgamento somente ocorreu em março de 2011, evidenciando a cristalina insegurança jurídica que assola o Direito Eleitoral em geral e que assolou aquela eleição em concreto.

O muito bem lançado voto do Ministro Gilmar Mendes foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Luiz Fux, Dias Toffoli e o presidente Cezar Peluso, tendo restado vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes analisou, com profundidade, todos os precedentes do Supremo Tribunal Federal, como, anteriormente, exposto, demonstrando que o precedente referente à Lei Complementar n. 64/90 não se aplicava ao caso em tela, porque inaugurava um sistema de inelegibilidades e preenchia um vazio legislativo, com base na própria Constituição, o que já não ocorria em relação à LC n. 135/2010.<sup>936</sup>

Demonstrou, outrossim, a evolução jurisprudencial da Suprema Corte e o atual entendimento acerca do significado da expressão *processo eleitoral* e a teleologia da norma disposta no art. 16 da Constituição.<sup>937</sup>

E, em relação à Lei da Ficha Limpa, não há como negar que a alteração em regra de inelegibilidade, em que está em jogo a capacidade eleitoral passiva, o direito político de ser votado, "interfere no processo político de escolha dos candidatos".<sup>938</sup>

Quando se trata de inelegibilidade, está-se discutindo quem serão os *players* do processo eleitoral, quem poderá ou não ser candidato em um pleito. Essa situação interfere no processo de escolha do cidadão-candidato de se filiar ou não a uma agremiação partidária, afeta a realização das convenções e a possibilidade ou não de escolha e posterior registro de um candidato por um

---

<sup>936</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 528-530.

<sup>937</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 528-536.

<sup>938</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 536.

partido político, bem como prejudica a decisão acerca de eventual desincompatibilização para concorrer a um cargo eletivo.<sup>939</sup>

A Lei da Ficha Limpa, com suas previsões inovadoras em termos de inelegibilidades, interfere, "de maneira substancial no âmbito do processo eleitoral, uma vez que altera a escolha dos candidatos pelos partidos políticos, o registro de candidatura e a própria votação de candidatos a cargos eletivos".<sup>940</sup>

Ora, uma lei que define quem pode ou não ser candidato em um pleito eleitoral é uma evidente hipótese de ato normativo que *altera o processo eleitoral*, impondo-se a aplicação do art. 16 da Constituição, sob pena de violação da segurança jurídica. Caso se entendesse que a mudança de normas atinentes à inelegibilidade não ofenderia o processo eleitoral, poder-se-ia perquirir a alteração, pelo legislador, a cada eleição, da Lei de Inelegibilidades, a fim de afastar oponentes.<sup>941</sup>

Nesse passo, a Lei da Ficha Limpa "interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a *fase pré-eleitoral*, que se inicia com a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos", sendo que "essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho", período em que eram realizadas as convenções partidárias antes da alteração introduzida pela Lei n. 12.891/2013, já que "o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior".<sup>942</sup>

<sup>939</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 537. Para o autor, "se a alteração ocorrer em período inferior a um ano da data da eleição, compromete a própria possibilidade de escolha dos candidatos à filiação partidária [...] se a alteração ocorrer em período inferior a seis meses da data da eleição, afeta a situação jurídica dos candidatos em momento posterior aos prazos máximos fixados em lei para desincompatibilização dos titulares de cargos públicos eletivos executivos [...] se a alteração ocorrer após 30 de junho do ano eleitoral, interfere na situação jurídica dos candidatos já escolhidos ou preteridos, uma vez que já expirado o prazo máximo fixado em lei para realização das convenções partidárias".

<sup>940</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 6, n. 10, 2010, p. 21.

<sup>941</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luiz de Pádua. "Ficha limpa" & questões constitucionais. "Direito Eleitoral do Inimigo" (retroagir?). **Estudos Eleitorais**, v. 5, n.1, Brasília, 2010, p. 72.

<sup>942</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 537. Esse, também, é o entendimento de VALE, André Rufino do. A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16 da Constituição. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 85, para quem se deve "compreender o processo eleitoral *em sentido amplo*, formado por fases eleitorais cujo início coincide com o marco inicial do ano eleitoral (primeiro domingo de outubro do ano anterior) e vai até a diplomação dos eleitos".

Conforme destaca Gilmar Mendes, "a competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso".<sup>943</sup>

Sob essa ótica, referiu o Ministro que

o pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de *devido processo legal eleitoral*. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las.<sup>944</sup>

Percebe-se, por conseguinte, que o princípio da anterioridade integra o chamado *devido processo legal eleitoral*, sendo consolidado, pela jurisprudência do STF, como cláusula pétrea.

No julgamento em comento, o voto do relator demonstrou que um dos fundamentos do princípio da anterioridade eleitoral é a preservação da igualdade de oportunidade entre os candidatos, princípio reitor do Direito Eleitoral.<sup>945</sup>

Para Gilmar Mendes, "a adoção do princípio de *igualdade de chances* constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a se tornar maioria".<sup>946</sup>

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux asseverou que a "aplicação imediata da novel lei agride o princípio da proteção da confiança, dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, tornando incerto o que é certo, instável o que o texto constitucional buscou preservar".

<sup>943</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 538. É, nesse sentido, que SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 6, n. 10, 2010, p. 22, refere que a necessidade de domicílio eleitoral e filiação partidária um ano antes do pleito, evidenciam que "todo o planejamento para as eleições ocorre com antecedência mínima de um ano. Não é outra a razão do princípio da anterioridade eleitoral: evitar surpresas e desequilíbrios abruptos nas regras relacionadas ao processo eleitoral".

<sup>944</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 540.

<sup>945</sup> Nesse sentido, é o magistério de CONTIPELLI, Ernani. Princípio da anualidade (ou anterioridade) eleitoral. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 66, 2009, p. 200.

<sup>946</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 543.

E, citando a "Odisseia", de Homero, e o triunfo da racionalidade sobre o mito do *canto das sereias*, Luiz Fux frisou que

a tentação é grande, mas deve ser resistida, sob pena de grave comprometimento de valores mais elevados assegurados pelo texto constitucional de nossa pátria. As vozes de uma parcela da população brasileira, que clamam, de forma contrária ao que admite o art. 16 de nossa Constituição, pela punição, já nas eleições de 2010, de políticos condenados por órgãos colegiados, devem ser ouvidas, respeitadas, mas não encontram embasamento no ordenamento jurídico brasileiro e nem mesmo nas civilizações democráticas do mundo ocidental. Na longa caminhada, o canto das sereias leva, apenas, ao sacrifício nas profundezas escuras do mar.

Por fim, concluiu o Ministro no sentido de que

as disposições da LC nº 135/10 não podem escapar do comando do art. 16 da Constituição Federal. A Ficha Limpa é a lei do futuro, é a aspiração legítima da nação brasileira, mas não pode ser um desejo saciado no presente, em homenagem à Constituição Brasileira, que garante a liberdade para respirarmos o ar que respiramos, que protege a nossa família desde o berço dos nossos filhos até o túmulo dos nossos antepassados.

Não se pode negar que a Lei da Ficha Limpa tem um conteúdo moralizador e profilático louvável,<sup>947</sup> sendo uma conquista da democracia e da cidadania brasileira.<sup>948</sup> No entanto, como bem salientado, era uma lei para regular situações vindouras, e não para violar a anterioridade eleitoral e a não retroatividade das leis.

Também, o Ministro Dias Toffoli, em seu voto, expressou que a Lei da Ficha Limpa trata da inelegibilidade, versando sobre quem pode e quem não pode ser candidato. Assim e asseverando que não há eleição sem candidato, o Ministro evidenciou que a definição de quem pode ou não concorrer integra o *processo eleitoral*, razão pela qual a lei não poderia ser aplicada às eleições de 2010.

E a situação se agravava pelo fato de que a Lei da Ficha Limpa havia sido sancionada três dias antes do início do prazo das convenções partidárias, comprometendo "a necessidade de segurança jurídica subjacente ao processo

---

<sup>947</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luiz de Pádua. "Ficha limpa" & questões constitucionais. "Direito Eleitoral do Inimigo" (retroagir?). **Estudos Eleitorais**, v. 5, n.1, Brasília, 2010, p. 65.

<sup>948</sup> Embora seu relevante conteúdo, percebe-se que a Lei da Ficha Limpa ataca apenas às consequências, alijando da vida política os chamados *velhos* fichas sujas. No entanto, não ataca as causas, e a vivência política brasileira tem demonstrado que o nosso sistema é produtor de *novos* fichas sujas. Enquanto a preocupação não incidir sobre as causas, continuar-se-á a necessitar de uma lei para afastar políticos imorais, que seguirão brotando do seio da sociedade.

eleitoral, garantida não somente aos eleitores, mas também aos candidatos, titulares que são do direito político fundamental de ser votado".<sup>949</sup>

Por todo o exposto, com fulcro no art. 16 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal decidiu, já com a legislatura em andamento, que a LC n. 135/2010 não irradiaria sua eficácia para as eleições gerais do mesmo ano.

Entretanto, a polêmica acerca da Lei da Ficha Limpa não se limitava à anterioridade eleitoral. Por tal razão, foram propostas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, que buscavam fosse declarada a constitucionalidade dos dispositivos da LC n. 135/2010 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578, em que a Confederação Nacional das Profissões Liberais requeria a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, inciso I, alínea "m" da Lei Complementar.<sup>950</sup>

No referido julgamento, o STF, por maioria, entendeu constitucionais os dispositivos da Lei Complementar n. 135/2010, vencido, minimamente, o Ministro Luiz Fux (Relator), que apenas dava interpretação conforme à alínea "e", inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, e os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, que julgavam improcedente a ADC.

Trata-se de um extenso e profundo julgamento, eivado de ricos debates, consubstanciado em acórdão de 383 páginas, mas que, no que tange ao presente estudo, tem seu cerne em relação à aplicação ou não da Lei da Ficha Limpa "a atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento do referido diploma legal". Eis o que agora interessa: como fica a aplicação da LC n. 135/2010 a fatos ocorridos no passado diante da segurança jurídica e da irretroatividade da lei?

De imediato, percebe-se que o diploma legal foi considerado constitucional por maioria, admitindo-se a retroação de seus efeitos a atos e fatos jurídicos ocorridos de forma pretérita à sua promulgação.<sup>951</sup>

Para o relator, Ministro Luiz Fux, não se trataria de retroatividade autêntica, mas sim de retroatividade inautêntica, ou retrospectividade, visto que a

---

<sup>949</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. *Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, v. 6, n. 10, 2010, p. 22.

<sup>950</sup> STF - ADC 29 e 30 e ADI 4578 - Rel. Min. Luiz Fux - j. 16/02/2012.

<sup>951</sup> Conforme CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luiz de Pádua. "Ficha limpa" & questões constitucionais. "Direito Eleitoral do Inimigo" (retroagir?). *Estudos Eleitorais*, v. 5, n.1, Brasília, 2010, p.74, a aplicação retroativa tornava a lei eivada de "inconstitucionalidade material consistente na violação do princípio da segurança jurídica (artigo 16 da CF/88), além da ofensa a coisa julgada e ao devido processo legal (contraditório e ampla defesa)", consistindo no que ele chamou de *Direito Eleitoral do Inimigo*.



norma jurídica atribuiria "efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes", o que seria admitido pela jurisprudência do STF.

Um dos principais argumentos da corrente majoritária deu-se no sentido de que inelegibilidade não era pena e nem sanção, como se pode perceber dos votos dos Ministros Rosa Weber, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

Para Rosa Weber, a finalidade da inelegibilidade seria "assegurar o exercício, em sua plenitude, da soberania popular", razão pela qual a Ministra não identificava "o caráter de sanção e, mais propriamente, a natureza jurídica de sanção penal", não sendo o escopo da inelegibilidade punir.

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que "as normas que alteram ou impõem inelegibilidades não têm caráter penal, como também não configuram sanção", tratando-se de "proteção à coletividade, que estabelecem preceitos mínimos para o registro de candidaturas, tendo em mira a preservação dos valores republicanos", razão pela qual não se poderia falar propriamente em retroatividade da lei.

Outro argumento que balizou o posicionamento majoritário da Suprema Corte foi trazido pelo Ministro Dias Toffoli, ao asseverar que "a incidência da Lei Complementar nº 135/10 a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade da lei de inelegibilidade, ou das novas causas de inelegibilidade, mas, sim, à sua aplicação aos processos eleitorais vindouros". Nesse contexto, o Ministro referiu que o momento para a aferição das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade é a data do pedido de registro de candidatura, aplicando-se, então, as leis vigentes nesse momento.

Assim, para Dias Toffoli,

não se impede, portanto, que se amplie o prazo de vedação à candidatura, ou a aplicação da novel legislação a fatores de inelegibilidades ocorridos anteriormente à sua vigência, pois esses requisitos devem ser aferidos em um momento único, como garantia da isonomia entre todos os postulantes à candidatura, e esse momento é e deve ser o do ato do registro da candidatura (§ 10, do art. 11, da Lei n.º 9.504/97). Esse deve ser o marco temporal único, pois somente assim se colocam em patamar de igualdade todos os postulantes.

Nesse diapasão, concluiu o Ministro que "aplicar o princípio da irretroatividade às hipóteses de inelegibilidade instauraria uma situação de insegurança jurídica nas eleições vindouras, pois teríamos um duplo regime jurídico de inelegibilidades"; em razão disso, impunha-se a aplicação da LC n. 135/2010 a

todos os pedidos de registro de candidatura futuros, sob pena de se fazer "incidir sobre o mesmo processo eleitoral um duplo regime jurídico de inelegibilidades, de forma que, no mesmo pleito, teríamos candidatos submetidos à LC nº 135/10 e outros, à legislação anterior".

Em que pesem os substanciosos fundamentos, não se pode fechar os olhos à insegurança jurídica decorrente da aplicação da lei a fatos pretéritos. E isso, inegavelmente, ocorreu.

Consoante Cid Marconi, a cominação de inelegibilidade em razão de práticas tidas como ilícitas "constitui uma sanção àquele que praticou a conduta vedada. Tão grave é a inelegibilidade que a Constituição exigiu lei com quórum qualificado para a sua regulamentação".<sup>952</sup>

Por tal razão, não se poderia admitir "o entendimento de que é possível a retroação da lei "ficha limpa" para alcançar fatos anteriores à sua vigência, sobretudo aqueles que, acobertados pela coisa julgada, já exauriram seus efeitos com base na legislação anterior".<sup>953</sup>

Nesse ponto, o TSE firmou entendimento, segundo o qual, quando já houvesse sido cumprida a inelegibilidade anteriormente fixada, que era de três anos pela redação original da Lei Complementar 64/90, a situação jurídica já estaria consolidada e os efeitos jurídicos já estariam exauridos com base na legislação anterior; por conta disso, não se aplicaria a previsão de inelegibilidade de oito anos da Lei Complementar n. 135/2010. Nesse sentido, foi o julgamento do RO 468.695/RS.<sup>954</sup>

Todavia, chama a atenção a criação de hipóteses novas de inelegibilidade, como a positivada na alínea "k" do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90, com a redação dada pela LC n. 135/2010.<sup>955</sup> Com a referida hipótese, estabeleceu-se a inelegibilidade para quem renunciasse a mandato "desde o oferecimento de

---

<sup>952</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 6, n. 10, 2010, p. 23.

<sup>953</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 6, n. 10, 2010, p. 23.

<sup>954</sup> TSE - RO 468.695 - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 16/11/2010.

<sup>955</sup> k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subseqüentes ao término da legislatura;

representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município", sendo que tal inelegibilidade perduraria pelo "período remanescente do mandato para o qual foram eleitos" e para os "8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura".

Impõe-se salientar, de imediato, que, antes da LC n. 135/2010, não havia qualquer previsão de inelegibilidade para quem renunciasse ao seu mandato. Assim, poderia a Lei da Ficha Limpa, de 2010, ser aplicada a uma renúncia de mandato ocorrida anteriormente, quando não havia qualquer previsão de inelegibilidade para tal ato de vontade?

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o referido dispositivo legal "não pode abarcar os casos de renúncia ocorridos antes de sua entrada em vigor. Isso sob pena de se tornar uma norma *ad hoc*, isto é, aprovada para punir destinatários previamente conhecidos, algo típico de regimes autoritários". De acordo com o Ministro, portanto, "o legislador apanhou fatos jurídicos passados para modificar seus efeitos no futuro, em detrimento dos direitos políticos fundamentais de cidadãos específicos". Nesse contexto, Gilmar Mendes entendeu que "a LC 135/2010, nas hipóteses em que apanha fatos passados para atribuir-lhes efeitos nos processos eleitorais futuros, viola o princípio da irretroatividade da lei", razão pela qual votou no sentido da "improcedência da ADC 29, para declarar o caráter retroativo da LC 135/2010 e determinar sua aplicação apenas em relação aos fatos ocorridos após a sua vigência, respeitada a anualidade eleitoral prevista no art. 16 da Constituição".

No mesmo sentido, o Ministro César Peluso expressou que

a lei não foi concebida senão para governar a vida dos homens. É truísmo. Guarda, portanto, uma função natural prospectiva, no sentido de que é sempre editada para orientar os homens nos comportamentos sociais, prescrevendo-lhes como devem agir para poder realizar aquilo a que chamamos de projeto histórico de convivência ética na sociedade. Ora, do que se cuida neste caso? É de um fenômeno indiscutível, do ponto de vista jurídico, com o devido respeito. Cuida-se de aplicar uma lei que entrou em vigor em certa data, retrovertendo, porém, seus efeitos gravosos para alcançar atos jurídicos *stricto sensu* já praticados no passado.

Conforme o Ministro, a consequência dessa interpretação seria a de tratar "os sujeitos ativos desses atos jurídicos *stricto sensu* já praticados, mas atingidos pela lei nova, como absolutamente incapazes", visto que "incidem sobre

atos jurídicos cuja caracterização e cuja tipicidade normativas incluem, necessariamente, o relevo da expressão ou manifestação da vontade", sendo que, "no instante em que abstraio a vontade na prática do ato, para lhe atribuir um efeito jurídico gravoso, trato o agente como incapaz, porque já não interessa à lei a vontade para esse fim".<sup>956</sup>

A bem da verdade, quando da renúncia ocorrida anteriormente à LC n. 135/2010, não havia qualquer consequência prejudicial ao renunciante, não havia qualquer sanção ou restrição de direitos em razão da renúncia. E foi, com base nesse suporte fático, que o agente praticou o ato. Não poderia, agora, buscando essa situação fática ocorrida no passado, o legislador restringir direito ou aplicar sanção, desconsiderando a autonomia de vontade do renunciante. Ora, se houvesse a previsão da LC n. 135/2010, na época da renúncia, será que o mandatário teria renunciado? Ou o fez, exatamente, por não haver qualquer consequência jurídica prejudicial à época?

Por isso, salienta Cezar Peluso que

o cidadão já não pode fazer nada, porque o ato foi praticado, e, portanto, o livre arbítrio dele não é levado em conta, ele já não tem alternativa de fazer ou de deixar fazer, ou seja, de praticar aquele ato que constitui hoje, por força da lei nova, causa de inelegibilidade, e assim é tratado como incapaz.

Dessa forma, para o Ministro,

quando o agente é tratado como incapaz em relação ao ato praticado anteriormente, e em que a sua vontade não é considerada, a lei deixa, entre outras coisas, de ter caráter prospectivo e, sobretudo, deixa de ter caráter geral. Passa a ter caráter particular e pessoal. Ela, portanto, se transforma, de lei, em ato estatal de efeito pessoal, de privação de bem jurídico a pessoas determinadas. Basta saber quais as pessoas que já praticaram esses atos, e aí temos definido o universo das pessoas atingidas. Portanto, não é lei de caráter geral, dirigida a quem, no futuro, venha a praticar ato que seja subsumível na hipótese legal. Não. Ela vai apanhar atos anteriores de pessoas certas. E hoje é só percorrer os registros de decisões,

---

<sup>956</sup> Esse é o entendimento de ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 448-449, para quem, conforme já explicitado, "uma lei retroativa, porque modifica os efeitos depois que a conduta foi praticada, viola o direito fundamental da liberdade, pois impede a livre escolha individual, já que atinge conduta já exercida e, portanto, imodificável; viola o direito à dignidade humana, pois trata o homem como um objeto, em vez de tratá-lo como ser capaz de livremente plasmar o seu futuro" e "viola a própria exigência de generalidade inerente à regra da legalidade e ao princípio da igualdade, pois, em vez de atingir um número indeterminado e desconhecido de situações e de pessoas e abarcar uma *classe* de casos *hipotéticos*, atinge um número determinado e conhecido de situações e pessoas, englobando, assim, casos *escolhidos e concretos*". Por tal razão, "por atuar sobre uma escolha já feita e incapaz de ser mudada, a lei retroativa apresenta uma escolha forçada ao homem, impedindo-o de exercer aquilo que o distingue como ser humano: a sua autonomia".

ou de todas as hipóteses que estão na lei, para se ter identificado o conjunto das pessoas alcançadas pelos efeitos nocivos.

Quando da elaboração da lei, já se sabia, por exemplo, quem eram os agentes políticos que haviam renunciado a mandato eletivo; por isso, a lei poderia ter nome e sobrenome, atingindo um caso específico e concreto, já conhecido pelo legislador, deixando de ter caráter geral e prospectivo.

E, nesse contexto, em razão da aplicação da Lei da Ficha Limpa a hipóteses que, anteriormente, não possuíam qualquer previsão legal na Lei das Inelegibilidades, como a renúncia a mandato eletivo, e da não aplicação aos casos em que a inelegibilidade já havia sido cumprida sob a égide da lei anterior, como visto no julgamento do RO 468.695/RS, surge a inusitada questão a comprometer a coerência da aplicação da Lei da Ficha Limpa a fatos pretéritos: se o candidato houvesse sido condenado, nas eleições de 2006, por abuso de poder, conduta vedada ou captação ilícita de sufrágio, por exemplo, sendo-lhe aplicada a inelegibilidade, anteriormente, prevista, que era de três anos, já teria cumprido sua *sanção*, que teria findado em 2009. Assim, no pleito de 2010, não lhe seria aplicada a Lei da Ficha Limpa, cuja inelegibilidade prevista é de oito anos, em razão de que *a situação jurídica já estaria consolidada e os efeitos jurídicos já estariam exauridos com base na legislação anterior*. Contudo, se o candidato tivesse praticado um ato em 2006, ou mesmo antes, em 2002, que não ensejava qualquer inelegibilidade, como a renúncia ao mandato eletivo, seria alcançado pela LC n. 135/2010 e estaria inelegível pelo período restante de seu mandato e por mais oito anos.

Veja-se a (i)lógica: aquele que praticou um ato que caracterizava reconhecida gravidade e, portanto, foi condenado, sendo-lhe aplicada inelegibilidade de três anos, estaria imune aos efeitos da Lei da Ficha Limpa e à inelegibilidade de oito anos. Agora, aquele que tivesse praticado um ato, à época, entendido como lícito, sem ter, pois, respondido a qualquer ação eleitoral e sem ter recebido qualquer *sanção* de inelegibilidade, porque este era o entendimento constante da legislação anterior, seria alcançado pela Lei da Ficha Limpa e estaria inelegível por, pelo menos, oito anos. Eis uma contradição que a insidiosa aplicação de efeitos retroativos da LC n. 135/2010 impôs à Justiça Eleitoral.

Não se pode negar o acerto do entendimento do TSE em relação à hipótese do já cumprimento da inelegibilidade aplicada com base na legislação anterior, não podendo a Lei da Ficha Limpa, retroagindo a fatos passados, atingir

situação já consolidada e *pena* já cumprida em decisão transitada em julgado. Entretanto, poderia, ainda menos, atingir fatos pretéritos que não possuíam sanção, que não representavam ilicitude. Na hipótese, não haveria como já se ter cumprido a *sanção*, já terem sido exauridos os efeitos, visto que não havia qualquer efeito jurídico em relação àquele ato praticado.

E não há que se falar em possibilidade de retroatividade por não se tratar de sanção ou pena, pois, como muito bem salientou o Ministro Peluso, a lei

entra em vigor para atribuir a atos já praticados um efeito negativo, restritivo e lesivo, porque subtrai um direito público individual. Evidente que subtrai um bem jurídico, e subtrai, não como prêmio, mas como um mal, evidentemente como um mal, e, daí, o seu caráter indiscutível de sanção. Um mal, normativamente cominado, nunca pode ser entendido de outro modo em Direito: todo mal atribuído pelo ordenamento é sempre uma sanção em sentido lato, mas sempre sanção, ainda que não o seja de cunho penal. Não há dúvida alguma de que esse efeito jurídico atribuído pela lei nova como causa de inelegibilidade significa clara subtração de um direito público subjetivo e, portanto, uma redução do patrimônio ou esfera jurídica do cidadão.

A inelegibilidade é, assim, uma sanção, mesmo que não o seja de cunho penal. Aliás, conforme já referido, Canotilho destaca que a Constituição portuguesa proíbe a retroatividade não apenas para as hipóteses penais e fiscais, mas também para os casos de “leis restritivas de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”.<sup>957</sup> E é o que ocorre no caso em tela, visto que a inelegibilidade implica a restrição de um direito: um direito político fundamental, que é o direito de ser votado.

Esse foi o entendimento do Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 633.603/MG, ao considerar inequívoca sanção a denominada *inelegibilidade cominada*, qual seja aquela decorrente de um fato ilícito eleitoral anterior, como ocorre na hipótese da renúncia tipificada na alínea “k” do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90.<sup>958</sup>

José Jairo Gomes faz a clara distinção entre a inelegibilidade originária ou inata e a inelegibilidade-sanção ou cominada; em razão disso, não

---

<sup>957</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 260.

<sup>958</sup> Esse também é o entendimento de ANDRADE, Josevando Souza. Lei da ficha limpa: análise de sua eficácia à luz dos princípios constitucionais. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 62.

poderiam ter sido as inelegibilidades introduzidas pela LC n. 135/2010 examinadas de forma global, tendo em vista as diferentes naturezas existentes.<sup>959</sup>

Para o Ministro Celso de Mello, mesmo que a inelegibilidade não fosse sanção, apenas a título de argumentação, "o fato irrecusável é que ela traduz gravíssima limitação ao direito fundamental de participação política, pois impõe severa restrição à capacidade eleitoral passiva do cidadão", tratando-se a inelegibilidade cominada de sanção ou, ao menos, restrição a um direito fundamental, isto é, o direito de ser votado, a não admitir qualquer interpretação ampliativa.

Não há como negar, portanto, que a Lei da Ficha Limpa, especialmente na hipótese da inelegibilidade inaugurada na alínea "k", operou efeitos retroativos, buscando, no passado, fato que não possuía qualquer repercussão jurídica na esfera de detentores de mandato eletivo para sancionar, agora, com inelegibilidade, aquela conduta.

Para ficar mais claro, pega-se um fato concreto, de um Senador da República,<sup>960</sup> eleito em 1998 e que renunciou ao mandato em 2001. Quando da renúncia, não havia qualquer sanção ou restrição de direito político. Por tal razão, inclusive, o referido político foi eleito Deputado Federal nos anos de 2002 e 2006, tendo concorrido a Senador da República no ano de 2010 e tendo sido eleito. Nesse pleito, em razão da Lei da Ficha Limpa, o TSE indeferiu o seu registro, sob a alegação de que a sua renúncia, em 2001, tipificava a hipótese da alínea "k" do inciso I do art. 1º da LC n. 64/90, com a redação dada pela LC n. 135/2010. No entendimento da Corte, o candidato estaria inelegível desde 2001, quando da renúncia, até o final do mandato para o qual havia sido eleito - e como era um mandato de Senador, findaria apenas em 2006 - e, após, por mais oito anos. Ou seja, estaria inelegível desde 2001 até 2014.

Ocorre que, repisa-se, o parlamentar, nesse período de "inelegibilidade", havia sido eleito nos anos de 2002 e 2006, tendo cumprido, na íntegra, os seus mandatos. Como poderia, agora, em 2010, considerar-se que estava inelegível desde 2001? A Lei da Ficha Limpa não foi aplicada ao caso concreto pelo STF, em razão da anterioridade eleitoral, mas não em razão da

---

<sup>959</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**, 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 163.

<sup>960</sup> Deixa-se de mencionar o nome, porque *fulanizar* o caso em nada interessa à análise genérica da matéria, e os nomes, muitas vezes, apenas servem para fazer aflorar pré-concepções, a prejudicar a imparcialidade e a tecnicidade da interpretação.

inconstitucionalidade da retroatividade da previsão legal.<sup>961</sup> Aliás, o caráter retroativo da norma foi considerado constitucional pela Suprema Corte.

Tal caso demonstra a violação da segurança jurídica, em sua dimensão dinâmica, pelo Direito Eleitoral, visto que o ordenamento jurídico perde a sua confiabilidade e calculabilidade, pois alterações legislativas futuras acabam por alcançar situações fáticas consolidadas no passado, não tendo o cidadão qualquer segurança e calculabilidade para a prática de atos no presente, pois eles poderão ser alcançados por leis posteriores que alterem sua *coloração* jurídica.

Não se poderia, pois, admitir a retroatividade da Lei da Ficha Limpa, sob pena de se "abrir precedente para que o Estado, arbitrariamente, edite leis punitivas e determine sua aplicação a fatos que, com base na legislação vigente à época de sua realização, não sofriam a incidência de sanção ou eram punidos de maneira menos severa".<sup>962</sup>

Trata-se de cristalina insegurança jurídica, em que o Direito Eleitoral dá exemplo de mácula à cognoscibilidade, à confiabilidade e à calculabilidade do ordenamento jurídico pátrio.

Insta salientar que o princípio da anterioridade eleitoral é uma garantia da igualdade de chances entre os candidatos, impedindo-se a adoção de disposições casuísticas que alterem o processo eleitoral, desde um ano antes da eleição, tendo em vista que esse é o prazo mínimo de filiação partidária<sup>963</sup> e de estabelecimento de domicílio eleitoral.

Também, a anterioridade eleitoral, conforme Gilmar Mendes, é uma garantia fundamental "destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da

---

<sup>961</sup> STF - ED no RE n. 631.102/PA - Rel. Min. Dias Toffoli - j. 14/12/2011.

<sup>962</sup> SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 6, n. 10, 2010, p. 24.

<sup>963</sup> A regra é a de que a filiação partidária, condição de elegibilidade, deve ser de, ao menos, um ano, podendo os partidos políticos, em seus estatutos, disciplinar um prazo maior. Claro que tal previsão não é utilizada por nenhuma agremiação partidária, tendo em vista o interesse no maior número de candidatos possíveis, mormente diante de nosso sistema eleitoral proporcional. Exceção existe em relação a magistrados, integrantes de Tribunais de Contas e membros do Ministério Público, que não podem ter filiação partidária, e, portanto, podem-se filiar a partido político após sua exoneração, respeitando-se o prazo de desincompatibilização - máximo de seis meses - previsto para o cargo em disputa. Igualmente, os militares da ativa não podem ter filiação partidária. Assim, quando tiver mais de 10 anos de serviço, não sendo detentor de cargo no alto comando da corporação, o militar da ativa será agregado pela autoridade superior, devendo ser escolhido em convenção, passando a ser considerado filiado a partido político, passando para a inatividade no ato da diplomação. Se o militar da ativa contar com menos de 10 anos de serviço, ele será transferido para a inatividade após a escolha em convenção partidária (art. 14, § 8º, I e II, CF).



maioria, o poder legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral".<sup>964</sup>

Impõe-se destacar que "a aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria e, dessa forma, deve ser aplicada pelo STF".<sup>965</sup>

E o que fica da análise dos julgados acerca da aplicação da anterioridade eleitoral é uma evidente instabilidade jurisprudencial, em que ora se aplica o disposto no art. 16 da Constituição e, conseqüentemente, se afasta a aplicação da lei que alterou o processo eleitoral há menos de um ano do pleito e ora não se aplica a previsão constitucional, considerando-se válida a lei para eleições ocorridas, muitas vezes, no próprio ano da inovação legislativa.<sup>966</sup>

Trata-se de nítida insegurança jurisprudencial a demandar maiores reflexões. No entanto, salta aos olhos que a previsão constitucional visa a afastar leis casuísticas, estabelecidas às vésperas das eleições. E, via de regra, as alterações legislativas ocorridas nesse período têm algum propósito casuístico, impondo-se a aplicação da garantia da anterioridade eleitoral, que protege a igualdade de oportunidade entre os candidatos, o direito das minorias e serve como uma barreira objetiva, tendo em vista não interessar se o casuísmo é *positivo* ou *negativo*.<sup>967</sup>

---

<sup>964</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 554. Para o autor, à p. 556, "a Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria". Trata-se de um "papel contra-majoritário da Jurisdição Constitucional".

<sup>965</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 554-555. Conforme VALE, André Rufino do. A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16 da Constituição. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 88-96, percebe-se que a anterioridade eleitoral possui nítido viés contramajoritário, constituindo um "*trunfo contra a maioria*".

<sup>966</sup> Conforme VALE, André Rufino do. A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16 da Constituição. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 76, é visível a *instabilidade interpretativa* que, há mais de 25 anos, "paira em torno desse denominado princípio da anterioridade eleitoral".

<sup>967</sup> VALE, André Rufino do. A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16 da Constituição. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 93. Para o autor, a anterioridade eleitoral consiste numa *barreira objetiva*, servindo como proteção constitucional contra casuísmos em matéria eleitoral, não distinguindo casuísmos *bons ou não condenáveis* de casuísmos *perniciosos*. Assim, "a alteração legislativa, por si só, já presume a

Por fim, acerca da violação da segurança jurídica em razão da instabilidade jurisprudencial, merecem destaque dois casos em que a Justiça Eleitoral alterou consideravelmente sua jurisprudência consolidada e pacífica: o caso dos *prefeitos itinerantes* e o caso do *Recurso Contra Expedição de Diploma 884/PI*.

### **SEÇÃO III. O caso dos “prefeitos itinerantes”**

Em 2008, o TSE, alterando sua jurisprudência consolidada, decidiu, no Recurso Especial Eleitoral 32.507/AL,<sup>968</sup> que o art. 14, § 5º, da Constituição, que estabelece a possibilidade da reeleição do chefe do Poder Executivo para um único mandato subsequente, se aplicava também aos chamados *prefeitos itinerantes*.

Considerava-se prefeito itinerante aquele que, após ter sido reeleito prefeito em seu município, fazia a transferência de domicílio eleitoral, dentro do prazo de um ano antes da eleição e renunciava ao seu mandato seis meses antes do pleito, consoante previsão do art. 14, § 6º, da Constituição, para concorrer a "outro cargo", no caso, o mesmo cargo de prefeito, mas em município distinto. Configurava-se o caso quando se tratasse de candidatura a um *terceiro* mandato de prefeito, mas em outro ente municipal.

Até o julgamento do REspe 32.507/AL, o entendimento da Justiça Eleitoral era o de que tal prática não configurava uma segunda reeleição, razão pela qual se admitia a eleição em município distinto do *prefeito itinerante*.

Todavia, nesse julgamento, o TSE decidiu que a transferência de domicílio do prefeito para concorrer a um *terceiro* mandato em outro município constituía "fraude consumada mediante o desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio eleitoral de um para outro Município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito legal disposto no § 5º do artigo 14 da CB", havendo "evidente desvio da finalidade do direito à fixação do domicílio eleitoral".

---

existência do casuísmo tendente a favorecer um ou outro grupo político e, com isso, a violar o princípio da igualdade de oportunidades na competição eleitoral".

<sup>968</sup> TSE - REspe 32.507/AL - Rel. Min. Eros Grau - j. 17/12/2008.

Na oportunidade, restaram vencidos os Ministros Arnaldo Versiani e Marcelo Ribeiro. O posicionamento minoritário deu-se em razão de pacífica e remansosa jurisprudência do TSE, como se percebe das Resoluções 21.297/2002, 21.564/2003, 21.487/2003 e 21.706/2004, todas decididas por unanimidade, em que se consolidou o entendimento de que a "candidatura a cargo de prefeito de outro município caracteriza candidatura a outro cargo".

Tratava-se, pois, de mudança de entendimento jurisprudencial pacificado da Justiça Eleitoral e que, na oportunidade, surpreendeu aqueles candidatos que concorriam a um *terceiro mandato*, mas em municípios distintos. Afinal, faziam-no porque a ausência de inelegibilidade na espécie era o remansoso entendimento da Justiça Eleitoral.

A matéria foi parar no Supremo Tribunal Federal, que julgou o Recurso Extraordinário 637.485/RJ.<sup>969</sup> No julgamento, entendeu-se, por maioria, que, realmente, a Constituição, em seu art. 14, § 5º, impunha a "proibição de terceira eleição em cargo de mesma natureza, ainda que em município diverso", tendo em vista que o princípio republicano "impede a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder", vencidos, nesse particular, os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio, que entendiam ausente a inelegibilidade em questão.

O ponto central do acórdão, no entanto, se deu em razão de que o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, propôs efeitos prospectivos da decisão, a fim de salvaguardar a segurança jurídica, tendo em vista tratar-se de mudança de jurisprudência em matéria eleitoral. Assim, diante da viragem jurisprudencial "na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral" e do princípio da anterioridade eleitoral do art. 16 da Constituição, que se aplicaria, de forma implícita, à alteração da jurisprudência do TSE, entendeu o STF, por maioria, que

as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior.<sup>970</sup>

---

<sup>969</sup> STF - RE 637.485/RJ - Rel. Min. Gilmar Mendes - j. 01/08/2012.

<sup>970</sup> Essa previsão final de que as decisões do TSE que "impliquem mudança de jurisprudência não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior" foi assentada sob o regime de repercussão geral.

Nesse ponto, referente aos efeitos prospectivos da decisão, em decorrência da viragem jurisprudencial do TSE, restaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Joaquim Barbosa, que desproviavam o recurso e entendiam que a decisão deveria ser aplicada ao feito em questão.

De qualquer sorte, percebe-se, da decisão do Supremo Tribunal Federal, um lampejo de segurança jurídica em relação à instabilidade jurisprudencial da Justiça Eleitoral, não se admitindo que a viragem jurisprudencial produza efeitos no mesmo pleito eleitoral.

#### **SEÇÃO IV. O caso do Recurso Contra a Expedição de Diploma 884/PI**

Destino diverso do caso dos *prefeitos itinerantes* teve o caso do *Recurso Contra Expedição de Diploma 884/PI*.<sup>971</sup>

O Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED) é considerado a mais vetusta ação eleitoral<sup>972</sup> e já estava positivado no art. 170 do Código Eleitoral de 1950.<sup>973</sup> Sua aplicação prática pela Justiça Eleitoral pode ser vislumbrada desde o RCED nº 1.607, da relatoria do Ministro Plínio Pinheiro Guimarães.<sup>974</sup>

O atual Código Eleitoral brasileiro, Lei n. 4.737/65, manteve, praticamente, inalteradas as hipóteses de cabimento do Código Eleitoral de 1950, acrescentando ao inciso I a incompatibilidade e inovando com a previsão do inciso IV do art. 262, que passou a prever o cabimento do RCED em caso de “concessão ou denegação de diploma em manifesta contradição com a prova dos autos, nas

<sup>971</sup> TSE - RCED 884/PI - Rel. Min. Dias Toffoli - j. 17/09/2013.

<sup>972</sup> Em que pese receber o nome de recurso, sua natureza jurídica é de verdadeira ação, como amplamente reconhecido pela doutrina. Nesse sentido, a título de exemplo, GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013. p. 640, e COSTA, Adriano Soares. **Instituições de direito eleitoral**. 9. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a LC nº 135. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 333.

<sup>973</sup> 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.

<sup>974</sup> TSE - RCED 1.607/MG - Rel. Min. Plínio Pinheiro Guimarães - j. 09/03/1951.

hipóteses do art. 222 desta Lei.” Posteriormente, a Lei n. 9.840/99 incluiu, ao inciso IV, a hipótese do art. 41-A da Lei das Eleições.

O julgamento do RCED n. 884/PI, concluído em 17 de setembro de 2013, culminou com uma *marcante ruptura de jurisprudência consolidada da corte*, tendo o TSE, por maioria, decidido pela não recepção, pela Constituição, da hipótese prevista no art. 262, IV, do Código Eleitoral, em sua redação original e pela inconstitucionalidade da disposição acrescida pela Lei n. 9.840/99.<sup>975</sup>

Por conseguinte, cerca de 25 anos após a entrada em vigor da Constituição de 1988 e quase 14 anos depois da alteração legislativa realizada pela Lei n. 9.840/99, período em que o TSE conheceu, julgou e desconstituiu diversos diplomas, em razão de RCED, propostos com fulcro no inciso IV, e de já ter, reiteradamente, expressado a coexistência entre ao RCED e a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), "a Corte promoveu autêntica viragem em sua jurisprudência".<sup>976</sup> Destaca-se, aliás, que foi a hipótese do inciso IV que, nas eleições estaduais de 2006, ensejou o provimento de dois RCED, cassando dois governadores, como se percebe do RCED n. 671/MA<sup>977</sup> e do RCED n. 698/TO.<sup>978</sup>

A *novel* decisão do TSE, contudo, fundamentou-se, basicamente, no fato de que, quando a Constituição de 1988 estatuiu o § 10 do art. 14, que introduziu a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo no texto da Constituição, a teria estabelecido como o único veículo possível para impugnar mandato eletivo.

Sem entrar no mérito das discussões atinentes às diferenças entre diploma e mandato e à ausência de incompatibilidade entre a AIME e o RCED,<sup>979</sup> o certo é que a decisão em questão inovou e surpreendeu em matéria eleitoral, alterando, radicalmente, posicionamento consolidado e pacífico da justiça Eleitoral.

---

<sup>975</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 85.

<sup>976</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 86.

<sup>977</sup> TSE - RCED 671/MA - Rel. Min. Eros Grau - j. 03/03/2009.

<sup>978</sup> TSE - RCED 698/TO - Rel. Min. Felix Fischer - j. 25/06/2009.

<sup>979</sup> Para COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 124, não se pode confundir o RCED "com a figura nova da Constituição de 1988, a ação de impugnação de mandato eletivo, a ser proposta dentro de quinze dias contados do ato de diplomação dos eleitos (art. 14, §§ 10 e 11). [...] são institutos diversos, com pressupostos também diversos, embora com finalidade semelhante, que podem ser usados concomitantemente: o recurso e/ou a ação. Os prazos de tramitação de ambos diferem entre si, mas o objetivo é um só: afastar o eleito, perseguindo a invalidação de seu diploma, por via judicial".

No julgamento, restaram vencidos os Ministros Laurita Vaz, Cármen Lúcia e Marco Aurélio, tendo este afirmado a distinção entre o RCED e a AIME, referindo que o RCED “não se confunde com a ação de impugnação de mandato eletivo, tanto que o termo inicial dos três dias para a formalização do primeiro não coincide com a investidura do mandato. Ao contrário, o recurso é contra a diplomação”.<sup>980</sup>

Em seu voto, o relator, Ministro Dias Toffoli, não conhecia o RCED, extinguindo o feito sem a análise do mérito recursal, em razão desse novo entendimento jurisprudencial. No entanto, o Ministro Henrique Neves, mesmo concordando com a inconstitucionalidade/não recepção do inciso IV do art. 262 do Código Eleitoral, houve por bem, tendo em vista a segurança jurídica, aplicar o princípio da fungibilidade, recebendo o RCED como a AIME e determinando a remessa do feito ao Tribunal Regional Eleitoral do Piauí, que era a instância competente para o julgamento da ação.

Ao final, prevaleceu a ponderação feita pelo Ministro Henrique Neves, tendo sido o RCED conhecido como AIME e tendo sido declinada a competência. Tratou-se de uma mitigação da insegurança jurídica, porque, realmente, o não conhecimento de uma ação que, há décadas, era manuseada, sem qualquer questionamento sobre sua constitucionalidade, violaria, abruptamente, a confiabilidade e a calculabilidade do Direito.

No entanto, a solução intermediária adotada pelo TSE de não extinção do feito, e sim a sua conversão dos RCED em tramitação no TSE em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, não surtiu qualquer efeito prático distinto da extinção pelo não conhecimento, visto que a decisão foi tomada no final do ano de 2013, não sendo possível a produção de efeitos práticos em relação aos mandatos que estavam em discussão, obtidos em 2010 e que findavam em 2014.<sup>981</sup>

De acordo com Marcelo Roseno, o TSE poderia, no RCED n. 884/PI, ter aplicado "efeitos prospectivos à mudança de entendimento, para o que poderia

---

<sup>980</sup> Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio destacou que “estamos partindo para o desmantelamento do sistema eleitoral. A Constituição está em vigor há tantos anos e somente hoje defronto-me com o entendimento de que o artigo 262 do Código Eleitoral foi revogado, porque não recepcionado pela Carta de 1988.

<sup>981</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 100.

haver considerado, dentre outros fatores, a ausência de prévia sinalização da Corte quanto à alteração do curso da jurisprudência há anos consolidada".<sup>982</sup>

Assim, o TSE, ao declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 262 do Código Eleitoral, alterando consolidada e pacífica jurisprudência da Corte, poderia, em vez de ter convertido a ação, declinando para o Tribunal Regional, ter decidido pela produção de efeitos prospectivos, evitando que as partes fossem surpreendidas pela viragem jurisprudencial.<sup>983</sup>

A relevância da viragem jurisprudencial vem demonstrada por Marcelo Roseno, tendo em vista que, das quatro hipóteses de cabimento do RCED anteriormente à mudança da Lei n. 12.891/2013, era a do inciso IV que servia de fundamento "para todos os recursos interpostos junto ao TSE após as eleições de 2010 e que pretendiam desconstituir o diploma de 12 governadores de estado eleitos naquele ano".<sup>984</sup> Assim, a decisão fez com que os inúmeros RCED que tramitavam no TSE perdessem sua eficácia prática, pois a conversão em AIME, quase ao final do mandato, impediu o julgamento tempestivo das ações e a aplicação de possíveis sanções decorrentes de práticas ilícitas.<sup>985</sup>

É imperioso salientar que, pouco tempo depois do julgamento do RCED n. 884/PI, o Código Eleitoral foi alterado pela Lei n. 12.891, de 11 de dezembro de 2013, a chamada Minirreforma Eleitoral, que modificou o *caput* e revogou os quatro incisos do art. 262, do Código Eleitoral. Sanou-se, então, a divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli, tendo em vista a revogação da hipótese do inciso IV do art. 262 do Código Eleitoral. Destarte, restou disposto que "o recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade".

---

<sup>982</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 97.

<sup>983</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 99-100.

<sup>984</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 95.

<sup>985</sup> Impediu-se a aplicação de sanções em relação ao próprio mandato, tendo em vista o seu término. Não perdeu a eficácia prática, no entanto, em relação a outras consequências, como a posterior inelegibilidade em razão da incidência na Lei da Ficha Limpa.

De qualquer sorte, o episódio demonstra a insegurança jurisprudencial que ronda o Direito Eleitoral, tendo em vista abruptas viragens jurisprudenciais que lhe retiram a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.



## TÍTULO II. A *CONSTRUÇÃO* DO DIREITO PROCESSUAL ELEITORAL

No Título I, da parte atinente à necessidade do Direito Processual Eleitoral, foi demonstrada a importância da segurança jurídica, princípio que é da essência do próprio Direito.

Já, no Título I, da instrumentalização do Direito Processual Eleitoral, foram apresentados alguns exemplos de insegurança legislativa e jurisprudencial, o que faz questionar, se não a existência de um Direito Processual Eleitoral, ao menos, a sua consistência e desenvolvimento.

Um dos pontos que contribui com a insegurança jurídica é a presença de textos legais esparsos, não sistematizados. Nesse contexto, poder-se-ia falar na necessidade de verdadeira *construção* legislativa (Capítulo I), em que pese existir alguma sorte de previsão legislativa de natureza processual, como se constata na previsão de ritos procedimentais dispersos (Seção I). Para tanto, haveria a necessidade de elaboração de uma codificação ou, no mínimo, de uma consolidação legislativa (Seção II). De qualquer sorte, essa busca pela segurança jurídica no plano legislativo demandaria uma reforma da legislação eleitoral (Seção III).

Certo é que a existência de inúmeros diplomas legislativos esparsos, somada às resoluções emanadas pela Justiça Eleitoral, torna o Direito Eleitoral, em geral, e o Direito Processual Eleitoral, em especial, de difícil cognoscibilidade, aumentando a insegurança jurídica existente.

Contudo, enquanto uma eventual reforma da legislação eleitoral não se torna realidade, caberia à doutrina o papel de (re)construir e desenvolver o Direito Processual Eleitoral (Capítulo II). Para essa tarefa, essencial perceber qual é o papel da doutrina (Seção I), que deixa de ser meramente descritivo e passa a ser criativo e reconstrutivo. E essa (re)construção pode ser realizada a partir de ferramentas conceituais, tendo, como ponto de partida, os conceitos trabalhados na Teoria Geral do Processo (Seção II) e as ferramentas constitucionais, em que ganham destaque os direitos fundamentais (Seção III).

## CAPÍTULO I. CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA

Em um primeiro momento, a proposição de uma *construção* legislativa poderia soar ilógica, mormente, levando-se em consideração as críticas apontadas à insegurança jurídica, decorrente da inflação legislativa existente.

Como se não bastasse, a própria característica do Direito Eleitoral, constantemente modificado, poderia demonstrar a impossibilidade de se *aprisionar* a matéria em uma codificação, bem como a inviabilidade de uma consolidação legislativa.

Além do mais, atualmente, vive-se em um período histórico que Natalino Irti descreve como a era da descodificação, tendo em vista as inúmeras leis especiais e os microssistemas legislativos.

Contudo, impõe-se salientar que a ideia de *construção* legislativa tem o justo propósito de mitigar a inflação legislativa existente, tendo em vista que tanto a elaboração de uma codificação de Direito Eleitoral quanto a consolidação da legislação existente trariam uma redução da enormidade de diplomas normativos existentes.

Assim, a reforma da legislação eleitoral contribuiria com a segurança jurídica, especialmente, na perspectiva da cognoscibilidade, visto que, hodiernamente, com diversos textos legais, sejam emanados do Poder Legislativo, sejam expedidos pela própria Justiça Eleitoral, a tarefa de conhecer a normatização aplicável a um pleito eleitoral é árdua mesmo para estudiosos do Direito Eleitoral. O que dirá para os cidadãos em geral e para os candidatos em particular, que não possuem condições de dominar a matéria e navegar, com segurança, pelas águas turvas e agitadas da legislação eleitoral.

E é em razão dessa ausência de consolidação e/ou sistematização legislativa que se potencializa a função normativa da Justiça Eleitoral, gerando, ainda mais, insegurança jurídica.

Nesse contexto, Rodolfo Viana Pereira ressalta que o *contencioso eleitoral* não é "um tema de predileção doutrinária", o que, somado à instabilidade histórica na disciplina do Direito Processual Eleitoral, decorrente do "casuísmo com que o legislador sempre tratou a questão, acabou por deixar aos Tribunais o árduo trabalho de sistematização, colmatação de lacunas e compatibilização de

procedimentos, institutos e mesmo ações judiciais sobrepostos", ensejando uma clara "*tendência ao jurisprudencialismo*".<sup>986</sup>

Para demonstrar a existência de normatizações esparsas e não sistematizadas de Direito Processual Eleitoral, far-se-á uma breve menção às diferentes tutelas processuais eleitorais, cada qual com seu rito especial, sem olvidar a existência de ações eleitorais que sequer possuem rito procedimental positivado.

## SEÇÃO I. Ritos procedimentais eleitorais

Em relação ao Direito Processual Eleitoral, a legislação é, claramente, insegura e claudicante, visto que se limita, em textos esparsos, a disciplinar os ritos procedimentais. Isso quando, efetivamente, disciplina tais ritos, eis por que a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, que está prevista no art. 10 da Constituição, não possui qualquer previsão acerca do rito procedimental a ser adotado. O mesmo ocorre com o Recurso Contra Expedição de Diploma do Código Eleitoral.

E a disciplina das ações eleitorais limita-se, quando muito, a estabelecer um rito procedimental, não havendo maiores digressões acerca de temas como litisconsórcio e intervenção de terceiros, resposta do réu, julgamento conforme o estado do processo, tutelas de urgência e de evidência e Direito probatório.

Claro que, em matéria processual eleitoral, de conteúdo não penal, em razão de a legislação eleitoral não ser exaustiva em termos de normas instrumentais, se pode utilizar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil,<sup>987</sup> naquilo que não for conflitante. Já, em se tratando de matéria processual penal eleitoral, utiliza-se, subsidiariamente, o Código de Processo Penal, conforme disciplina o art. 364 do Código Eleitoral.

---

<sup>986</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 104.

<sup>987</sup> Nesse sentido, TSE - REspe 2.325/CE - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 13/12/2012. Aliás, o novo Código de Processo Civil estabelece tal previsão, de forma expressa, em seu art. 15, que dispõe que "na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".

O rito tido como *procedimento ordinário* do Direito Eleitoral é o disposto no art. 3º e seguintes da LC n. 64/90, que trata da Ação de Impugnação de Registro de Candidatura (AIRC).<sup>988</sup>

Não há que se falar, propriamente, em rito ordinário, visto que as ações eleitorais possuem ritos procedimentais próprios, não havendo um procedimento ordinário. Tal denominação, assente na jurisprudência da Justiça Eleitoral, decorre do fato de esse ser o rito mais extenso, com prazos mais amplos e dilatados. O prazo para apresentação de defesa em sete dias, por exemplo, é o mais amplo previsto na legislação eleitoral.

O rito está positivado nos arts. 3º a 17 da LC n. 64/90, sendo de cinco dias, contados da publicação do pedido de registro, o prazo para propor a AIRC; de sete dias, o prazo para contestação do impugnado; de quatro dias, para a instrução do processo, em que serão ouvidas, no máximo, seis testemunhas por parte; de cinco dias, para a realização de diligências e outros cinco dias para alegações finais. A sentença deve ser prolatada em três dias, sendo esse o prazo para recurso e contrarrazões. A subida do recurso ao Tribunal se dá sem juízo de admissibilidade.

Merece destaque a previsão do art. 7º, parágrafo único, que estabelece que “o Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento”.

Quando do pedido de registro de candidatura, a Justiça Eleitoral analisa o preenchimento de todas as condições de elegibilidade,<sup>989</sup> a ausência de causas de inelegibilidade<sup>990</sup> e os requisitos de registrabilidade.<sup>991</sup>

---

<sup>988</sup> Todo pedido de registro de candidatura é autuado em um processo próprio. Entretanto, considera-se administrativo o registro de candidaturas, não se tratando de atividade jurisdicional propriamente dita. A atividade jurisdicional da Justiça Eleitoral somente será provocada em caso de propositura da AIRC. Convém salientar, no entanto, que o registro de candidatura poderá ser indeferido independentemente de sua impugnação. De qualquer sorte, o partido ou candidato que não impugnar o registro de candidatura não terá *interesse* para recorrer da decisão, consoante previsão da Súmula 11 do Tribunal Superior Eleitoral.

<sup>989</sup> Art. 14, § 3º, Constituição: São condições de elegibilidade, na forma da lei:

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

A competência para análise e julgamento dos pedidos de registro de candidatura é, em eleições municipais, para candidatos a vereador, prefeito e vice-prefeito, do Juiz Eleitoral da Zona Eleitoral à qual pertence o município. Em eleições estaduais, para os cargos de deputado estadual, deputado federal, senador, governador e vice-governador, a competência é do Tribunal Regional Eleitoral do respectivo estado. Por fim, a competência para a análise e julgamento do pedido de registro de candidatura de candidatos a presidente e vice-presidente da República é do Tribunal Superior Eleitoral.

Também, previsto na LC n. 64/90, agora em seu art. 22, é o rito da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE). Trata-se de ação para apurar abuso de poder,<sup>992</sup> tendo em vista o princípio da igualdade de oportunidade entre os candidatos. As sanções a serem aplicadas são a inelegibilidade de oito anos e a cassação de registro ou de diploma, devendo-se, para isso, analisar a gravidade das circunstâncias.<sup>993</sup>

O rito procedimental estabelecido prevê o prazo de cinco dias para apresentação de defesa, o mesmo prazo para inquirição de testemunhas,<sup>994</sup> igualmente, no máximo, de seis por parte, e o prazo de três dias para diligências. As alegações finais devem ser apresentadas em dois dias, sendo esse prazo comum para as partes e para o Ministério Público Eleitoral. Da sentença, o prazo

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

<sup>990</sup> As causas de inelegibilidade dividem-se em constitucionais (art. 14, §§ 4º a 7º) e legais (tendo como fundamento constitucional § 9º do art. 14, as inelegibilidades legais estão previstas na Lei Complementar n. 64/90, alterada pela Lei Complementar n. 135/2010). Conforme ressalta ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 473, "a inelegibilidade deve ser arguida na primeira oportunidade possível, sob pena de preclusão (art. 259 do CE). Assim, ocorre a preclusão da arguição de inelegibilidade quando a matéria não é combatida através da ação de impugnação de registro de candidatura, salvo se se trata de matéria de cunho constitucional ou superveniente ao registro. Tratando-se de inelegibilidade de cunho infraconstitucional [...] preexistente ao registro, caso não seja arguida em AIRC, resta preclusa a matéria - não podendo mais ser invocada em RCED (art. 262, *caput*, do CE); tratando-se, porém, de inelegibilidade de cunho constitucional [...] ou superveniente ao registro, é descabido cogitar de preclusão, consoante a jurisprudência".

<sup>991</sup> Previsão do art. 11, § 1º, da Lei n. 9.504/97.

<sup>992</sup> O gênero abuso de poder divide-se nas espécies abuso de poder político, abuso de poder de autoridade e abuso de poder econômico. Outra hipótese é a de abuso dos meios de comunicação social.

<sup>993</sup> Conforme disposto no art. 22, XVI, da LC n. 64/90, para a configuração do ato abusivo basta a análise da *gravidade das circunstâncias*, não se perquirindo da *potencialidade* de alterar o resultado da eleição

<sup>994</sup> As testemunhas deverão ser arroladas pelo autor na petição inicial e, pelo réu, na peça defensiva.

para interposição de recurso é de três dias, assim como o prazo de contrarrazões. O termo final para a o ajuizamento da AIJE é a data da diplomação.<sup>995</sup>

O mesmo rito da AIJE é utilizado para as representações em razão das infrações eleitorais dispostas no art. 30-A, 41-A e 73 e seguintes da Lei n. 9.504/97.<sup>996</sup>

A representação do art. 30-A da Lei n. 9.504/97 versa sobre a captação e gastos ilícitos de recurso, tendo como sanção a cassação do registro ou do diploma. O prazo para sua propositura é de 15 dias a contar da diplomação.<sup>997</sup> Já, a representação do art. 41-A da Lei n. 9.504/97 trata da captação ilícita de sufrágio - compra de voto - e tem, como sanção, a cassação do registro ou do diploma e a imposição de multa pecuniária. Pode-se dar pelo oferecimento de qualquer bem ou vantagem a eleitor com o fito de obter-lhe o voto,<sup>998</sup> ou pela violência ou grave ameaça à pessoa, com o fim de obter-lhe o voto.<sup>999</sup> O prazo para a propositura da representação pela captação ilícita de sufrágio é até a diplomação.<sup>1000</sup> Por fim, a representação do art. 73 da Lei n. 9.504/97 analisa as condutas vedadas, que são espécies positivadas de abuso de poder político e de autoridade, e deve ser proposta até a data da diplomação.<sup>1001</sup> As sanções a serem

<sup>995</sup> ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 513.

<sup>996</sup> A Lei n. 12.034/2009 foi de suma importância para a segurança jurídica em relação às representações dos arts. 30-A, 73 e, especialmente, 41-A da Lei das Eleições. Durante muitos anos, travou-se a discussão sobre o prazo recursal nessas representações, tendo em vista a existência de defensores de que o prazo recursal seria o do art. 96 da Lei n. 9.504/97, ou seja, 24 horas, e defensores de que, em razão da ausência de previsão específica de prazo na lei, dever-se-ia utilizar a regra geral do art. 258 do Código Eleitoral, que estabelece prazo de três dias para a interposição de recursos. Prevaleceu o entendimento de que o prazo deveria ser o da própria Lei n. 9.504/97, tendo-se fixado, pretorianamente, o prazo recursal de 24 horas. Esse era o entendimento consolidado da Justiça Eleitoral, muito embora uma representação que previa a sanção mais grave da Justiça Eleitoral, que é a cassação de registro ou diploma, bem como admitia ampla dilação probatória, não poderia ter o prazo recursal sumaríssimo das representações do art. 96 da Lei n. 9.504/97. Diante dessa incongruência, o legislador federal disciplinou, especificamente, o tema na Lei n. 12.034/2009, que, expressamente, estabeleceu o prazo de três dias para o recurso das decisões nessas representações.

<sup>997</sup> Salientam LUCON, Paulo Henrique dos Santos, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código Eleitoral interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 742, que o prazo de 15 dias a contar da diplomação foi dado pela Lei n. 12.034/2009, sendo que, em sua redação anterior, o art. 30-A, da Lei n. 9.504/97, introduzido pela Lei n. 11.300/2006, não estabelecia qualquer prazo, o que ensejou embates jurisprudenciais.

<sup>998</sup> Não há, no entanto, consoante disposto no art. 41-A, § 1º, da Lei n. 9.504/97, necessidade de "pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir".

<sup>999</sup> Na captação ilícita de sufrágio, o bem tutelado é a intangibilidade da vontade livre e soberana do eleitor, razão pela qual a prova cabal e estreme de dúvidas da compra de um voto é suficiente para a cassação do registro ou do diploma.

<sup>1000</sup> Art. 41-A, § 3º, da Lei n. 9.504/97.

<sup>1001</sup> Art. 73, § 12, da Lei n. 9.504/97.

aplicadas são a cassação de registro ou de diploma e a imposição de penalidade pecuniária.<sup>1002</sup>

Assim como na AIRC, a competência para julgamento da AIJE será do Juiz Eleitoral, em eleições municipais, do Tribunal Regional Eleitoral, em eleições estaduais, e do Tribunal Superior Eleitoral, em eleição presidencial.<sup>1003</sup>

Já, as representações em razão de infração a outros dispositivos da Lei das Eleições, tal como a prática de propaganda eleitoral ilegal ou o questionamento de pesquisas eleitorais, por exemplo, seguem o rito do art. 96 da referida lei.

Trata-se de rito sumaríssimo, em que não se admite sequer dilação probatória. Assim, notificado<sup>1004</sup> o representado, terá ele 48 horas para apresentar defesa, sendo, posteriormente, os autos conclusos para que o julgador decida e publique a decisão no prazo de 24 horas. Da sentença, caberá recurso a ser interposto no prazo de 24 horas, mesmo prazo para apresentação das contrarrazões. Por fim, os Tribunais deverão julgar o recurso em 48 horas.<sup>1005</sup> Repise-se que, nessas representações, admite-se, exclusivamente, a prova documental pré-constituída, não havendo possibilidade de dilação probatória.

A competência para o processamento e julgamento das representações do art. 96 da Lei n. 9.504/97 será, em eleições municipais, do Juiz Eleitoral da respectiva Zona Eleitoral; em eleições estaduais, de um Juiz Auxiliar nomeado junto ao respectivo Tribunal Regional Eleitoral;<sup>1006</sup> e, em eleições presidenciais, do Tribunal Superior Eleitoral.<sup>1007</sup>

---

<sup>1002</sup> São vedadas as condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidade entre os candidatos, sendo esse o bem tutelado pela norma legal. Trata-se de previsão que tem íntima ligação com a emenda da reeleição, tendo em vista que se busca evitar atos abusivos no uso da máquina pública.

<sup>1003</sup> O relator, nos Tribunais Regionais, em eleições estaduais, será o corregedor-eleitoral, que será o vice-presidente do Tribunal. No Tribunal Superior Eleitoral, nas eleições presidenciais, o relator será o corregedor-geral, escolhido entre os Ministros indicados pelo Superior Tribunal de Justiça.

<sup>1004</sup> A citação no Direito Eleitoral recebe o nome de notificação.

<sup>1005</sup> Os prazos em hora são contados minuto a minuto. É comum que os prazos impostos aos juízes e tribunais eleitorais não sejam cumpridos, especialmente, diante da crescente demanda em termos de *contencioso eleitoral*. De qualquer sorte, os prazos são exíguos em razão da premência de tempo do Direito Eleitoral, visto que as eleições se desenrolam, desde o registro das candidaturas até a data da eleição propriamente dita, durante cerca de três meses. Impõe-se salientar que, mesmo sendo o prazo recursal de 24 horas, há entendimento do Tribunal Superior Eleitoral admitindo a conversão para prazo em dia. Nesse sentido, a decisão monocrática da Ministra Luciana Lóssio no REspe 138.079/RS, publicada em 26/02/2015.

<sup>1006</sup> Para as eleições estaduais, serão designados três Juízes Auxiliares para a apreciação das reclamações e representações que lhes forem dirigidas.

<sup>1007</sup> Ainda mais sumário é o procedimento do pedido de direito de resposta, que deve ser proposto em 24 horas, quando de inverdade sabida, calúnia, injúria ou difamação propalados em horário eleitoral gratuito, em 48 horas, quando propalados na programação normal de rádio e de televisão,

Na Constituição, está prevista a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) para as hipóteses de abuso de poder econômico,<sup>1008</sup> corrupção e fraude, devendo ser proposta no prazo de 15 dias da diplomação.<sup>1009</sup> A ação tramitará em segredo de justiça.<sup>1010</sup>

A única previsão acerca da AIME é a da Constituição, havendo omissão em relação ao rito procedimental. Nesse contexto, o TSE, em seus primeiros julgados, estabeleceu que o rito procedimental seria o ordinário do Código de Processo Civil.<sup>1011</sup>

No entanto, a partir do Recurso no Mandado de Segurança n. 258,<sup>1012</sup> de 30 de setembro de 2003, passou-se a entender que o rito seria, realmente, o ordinário, mas o *ordinário da Justiça Eleitoral*, que seria o rito da AIRC, previsto nos arts. 3º a 17 da LC n. 64/90, o que restou consagrado com a questão de ordem na Resolução 21.634,<sup>1013</sup> de 19 de fevereiro de 2004.

A adoção para a AIME do rito da AIRC decorreu de manifestações doutrinárias, podendo-se destacar Pedro Henrique Távora Niess, que assim defendia em sua obra "Ação de impugnação de mandato eletivo"<sup>1014</sup>, de 1996.

De qualquer sorte, percebe-se a insegurança jurídica que pauta o Direito Eleitoral, havendo uma tutela processual constitucional que sequer tem

e de 72 horas, quando a ofensa à honra ou a inverdade sabida forem veiculadas na imprensa escrita. Nesse procedimento, o prazo para defesa é de 24 horas, mesmo prazo para a interposição de recurso.

<sup>1008</sup> Muito embora o § 10 do art. 14 da Constituição trate apenas de abuso de poder econômico, a Justiça Eleitoral estende tal ação para outras espécies de abuso de poder. Para ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 524, "a exegese mais adequada da norma constitucional aponta para o acolhimento de uma concepção mais ampla de abuso de poder para fins de AIME".

<sup>1009</sup> Acentua ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 520, que, não obstante o prazo seja considerado decadencial, admite-se a prorrogação para o primeiro dia útil subsequente na hipótese de o *dies ad quem* cair em dia em que "não haja expediente normal no Tribunal".

<sup>1010</sup> Art. 14, § 11 - "A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé". Não obstante a previsão constitucional, o segredo de justiça parece não ser adequado ao momento histórico em que se vive, no qual se propugna tanto a transparência e a publicidade, e, especialmente, em razão de que a AIME não destoa de outras ações eleitorais existentes e que não possuem tal previsão legal.

<sup>1011</sup> Nesse sentido, TSE - Acórdão n. 11.951/SP - Rel. Min. Hugo Gueiros - j. 14/05/1991.

<sup>1012</sup> TSE - RMS 258/PI - Rel. Min. Fernando Neves - j. 30/09/2003.

<sup>1013</sup> TSE - Resolução 21.634/DF - Rel. Min. Fernando Neves - j. 19/02/2004. Impõe-se salientar que a resolução em apreço disciplinava especificamente o pleito de 2004. Contudo, tal orientação passou a ser adotada a partir de então para todas as eleições posteriores.

<sup>1014</sup> NIESS, Pedro Henrique Távora. **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Bauru: Edipro, 1996, p. 65.



previsão de rito procedimental, que é determinado a partir de construção pretoriana.<sup>1015</sup>

O Código Eleitoral, por sua vez, disciplina o chamado Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED), limitando-se a estabelecer a sua previsão material, ou seja, sua(s) hipótese(s) de cabimento, não se dignando a estabelecer, propriamente, um rito procedimental para essa verdadeira ação, em que pese receber o nome de recurso.<sup>1016</sup>

A atual redação do art. 262 do Código Eleitoral, decorrente da alteração imposta pela Lei n. 12.891/2013, prevê o cabimento do RCED tão somente “nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade”.<sup>1017</sup> Tal mudança legislativa sanou o impasse que foi instaurado quando do julgamento do RCED n. 884/PI, em que se entendeu que a hipótese então prevista no inciso IV do art. 262 do Código Eleitoral, em sua redação original, não havia sido recepcionado pela Constituição e, em sua redação dada pela Lei n. 9.840/99, seria inconstitucional. De qualquer sorte, tal dilema decorreu da ausência de sistematização das ações eleitorais e da suposta sobreposição da referida hipótese do RCED com a previsão da AIME.

Não há qualquer previsão de rito, razão pela qual se utiliza o prazo do art. 258 do Código Eleitoral, que versa sobre a regra geral para interposição de recurso eleitoral quando não há previsão expressa. Logo, mesmo sendo verdadeira ação, o prazo para sua propositura é o de três dias, a contar da diplomação, sendo esse, também, o prazo para *contrarrazões*, que seria a defesa no RCED. E, muito

---

<sup>1015</sup> Conforme PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 106, trata-se de “vergonhosa ausência de regulamentação infraconstitucional da AIME”, já tendo passados mais de 25 anos da promulgação da Constituição, o que fez com que ficasse a cargo da “atividade jurisprudencial a solução do impasse apurado”.

<sup>1016</sup> Não se trata de recurso, porque não se dirige contra decisão judicial. É uma ação proposta em face de um ato de natureza administrativa, que é a diplomação. Trata-se de uma ação constitutiva negativa, em que se requer a desconstituição do diploma. Esse também é o entendimento de PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55. No mesmo sentido, LUCON, Paulo Henrique dos Santos, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código Eleitoral interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 329.

<sup>1017</sup> Com a nova redação, fica claro que as inelegibilidades legais preexistentes devem ser alegadas em sede de AIRC, sob pena de preclusão. Em RCED, somente serão admissíveis as inelegibilidades constitucionais, que não precluem, ou as inelegibilidades legais supervenientes ao registro.

embora seja considerado decadencial, a Justiça Eleitoral admite a *prorrogação* do termo final para o primeiro dia útil em caso de recesso forense.<sup>1018</sup>

Todas as demais previsões acerca do RCED se deram por construção pretoriana, como a competência para julgamento,<sup>1019</sup> que, inclusive, foi objeto da ADPF 167 no Supremo Tribunal Federal,<sup>1020</sup> a desnecessidade de prova pré-constituída<sup>1021</sup> e a legitimidade ativa e passiva.

Novamente, escancara-se a insegurança legislativa no Direito Eleitoral, visto que sequer há previsão de prazo para a propositura da ação, sendo todo o rito procedimental construído pretorianamente, ou a partir de normas que se referem a recursos, e não à ação chamada Recurso Contra Expedição de Diploma.

Merece referência, também, a Resolução n. 22.610/2007, que disciplinou todas as questões processuais relativas à chamada fidelidade partidária, disciplinando duas ações distintas: a *ação de decretação de perda de mandato eletivo* e a *ação declaratória de justa causa* de desfiliação partidária.

Nesse passo, em resolução do TSE, disciplinou-se o prazo para a propositura da ação,<sup>1022</sup> os legitimados ativos, a competência da Justiça Eleitoral e de seus órgãos, o prazo de cinco dias para apresentação de defesa,<sup>1023</sup> a produção

<sup>1018</sup> TSE - Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 11.450/SC - Rel. Min. Aldir Passarinho Junior - j. 03/02/2011.

<sup>1019</sup> Em eleição municipal, em que estão em disputa os cargos de prefeito, vice-prefeito e vereador, o RCED será *interposto* perante o Juiz Eleitoral e julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral. Em eleição estadual, para os cargos de deputado estadual, deputado federal, senador, governador e vice-governador, o RCED será *interposto* perante o TRE e julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral. Em eleição presidencial, sendo a diplomação realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral, há controvérsias acerca de quem seria competente para julgar o Recurso Contra Expedição de Diploma. Não se tratando de matéria constitucional, faz-se crer que o julgamento caberia ao próprio Tribunal Superior Eleitoral. Esse também é o entendimento de PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70-71, e de ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 500.

<sup>1020</sup> STF - ADPF-MC 167/DF - Rel. Min. Eros Grau - j. 01/10/2009.

<sup>1021</sup> Conforme PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55-56, o entendimento inicial da Justiça Eleitoral era o de que a prova deveria ser pré-constituída, não se admitindo a dilação probatória, tendo em vista a ausência de "uma fase de instrução processual típica", em razão da "revogação dos parágrafos 1º e 2º do artigo 222 do Código Eleitoral pela Lei n. 4.961, de 04/05/66". Salienta o autor que "a jurisprudência do TSE evoluiu em direção à aceitação da produção endoprocessual das provas", o que se percebe, por exemplo, do julgamento do TSE no agravo regimental em recuso especial eleitoral n. 178/AL, de lavra da Ministra Luciana Lóssio, julgado em 26/08/2014.

<sup>1022</sup> O partido político tem 30 dias da desfiliação para a propositura da ação. Não o fazendo, o Ministério Público Eleitoral e quem tenha interesse jurídico terão 30 dias subsequentes para a propositura. Nesse prazo, estaria legitimado, por exemplo, o suplente, que teria interesse jurídico na ação.

<sup>1023</sup> Também, foi disciplinada, na resolução, a limitada matéria de defesa, restrita às chamadas justas causas.

de provas,<sup>1024</sup> o julgamento do processo no estado em que se encontra, o ônus da prova, as alegações finais em prazo comum de 48 horas e a irrecorribilidade das interlocutórias. Não se estabeleceu, entretanto, o prazo para a interposição de recurso da decisão final.

Também, foi disciplinada, na resolução, a possibilidade de o mandatário propor a chamada ação declaratória de justa causa para desfiliação partidária, nas hipóteses de (a) incorporação ou fusão do partido, (b) criação de novo partido, (c) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário e (d) grave discriminação pessoal.

Admite-se, ainda, a ação rescisória em matéria eleitoral, a ser proposta perante o Tribunal Superior Eleitoral, no prazo de 120 dias a contar do trânsito em julgado da decisão judicial que constitua inelegibilidade, conforme dispõe o art. 22, I, j, do Código Eleitoral.<sup>1025</sup> Trata-se da única previsão legal acerca da ação rescisória, razão pela qual seu tratamento é disciplinado pretorianamente, tendo sido consolidado o entendimento de que a ação somente é cabível contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não sendo admitida em face de acórdão dos tribunais regionais.<sup>1026</sup>

No que tange à legitimidade ativa e passiva para a propositura das ações eleitorais, Rodolfo Viana Pereira salienta que "o sistema brasileiro sofre uma ausência legislativa flagrante quanto a esse tema".<sup>1027</sup>

De qualquer sorte, como regra, a legitimação ativa compete aos candidatos,<sup>1028</sup> partidos ou coligações<sup>1029</sup> e ao Ministério Público Eleitoral. No Direito Eleitoral brasileiro, os eleitores não possuem legitimidade ativa.<sup>1030</sup>

---

<sup>1024</sup> As partes poderão arrolar até três testemunhas, devendo o rol ser apresentado na inicial e na contestação.

<sup>1025</sup> GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 601-602.

<sup>1026</sup> TSE - Embargos de Declaração em Ação Rescisória n. 70.453/PR - Rel. Min. Luciana Lóssio - j. 07/11/2013.

<sup>1027</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66.

<sup>1028</sup> Para GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 304, e ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 474, não haveria necessidade de que o candidato, para ter legitimidade ativa, concorresse ao mesmo cargo do demandado.

<sup>1029</sup> Após o registro eleitoral da coligação, e até o dia da eleição, a coligação constituída será a legitimada ativa nas ações eleitorais, perdendo os partidos políticos que a integram essa condição de agirem isoladamente nas eleições em que estiverem coligados. Contudo, posteriormente ao pleito eleitoral, os partidos *retomam* sua legitimidade de forma concorrente à coligação formada. Ainda no que tange aos partidos políticos, ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 475, acentua que a legitimidade se encontra delimitada

Como exceção, o art. 30-A da Lei n. 9.504/97 estabelece que "qualquer partido ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral", o que parece excluir a legitimidade ativa de candidatos e do Ministério Público Eleitoral. Contudo, a jurisprudência do TSE reconhece a legitimidade do Ministério Público Eleitoral para a propositura da representação do art. 30-A da Lei n. 9.504/97, não a reconhecendo, no entanto, a candidato.<sup>1031</sup>

No que se refere à legitimação passiva, como regra, os legitimados para responder às ações eleitorais são os candidatos. Todavia, a ação também poderá ser proposta contra partidos políticos e coligações, especialmente, quando houver aplicação de sanção pecuniária, salientando que o partido coligado, até a data da eleição, não terá legitimidade passiva naquele pleito. Excepcionalmente, admite-se a legitimidade passiva de terceiros, como se percebe na Ação de Investigação Judicial Eleitoral, em que a ação pode ser proposta "em face de todos '*quantos hajam contribuído para a prática do ato*' (art. 22, XIV, da LC n. 64/90)".<sup>1032</sup>

Rodrigo Zilio entende que qualquer pessoa física ou jurídica que tenha praticado a captação ilícita de sufrágio ou concorrido para ela é legitimado passivo, especialmente, diante da previsão de sanção pecuniária para a infração. Esse, entretanto, não é o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, que firmou jurisprudência no sentido de que "o terceiro não candidato não tem legitimidade para figurar no polo passivo da representação calcada no art. 41-A da Lei n. 9.504/97".<sup>1033</sup>

Em eleições majoritárias, "sempre que a demanda eleitoral tiver o condão de desconstituir ato jurídico e houver incindibilidade da relação jurídica de direito material, será necessária a participação do candidato titular, bem como do

à circunscrição de atuação, podendo as siglas municipais atuar em eleições municipais, as estaduais, em eleições estaduais, e as nacionais, em eleição presidencial.

<sup>1030</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69. No que pertine ao registro de candidatura, qualquer cidadão pode apresentar "notícia de inelegibilidade" (TSE - Agravo Regimental no Recurso Ordinário 461816/PB - Rel. Min. Arnaldo Versiani - j. 15/09/2010), como bem destaca GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 294-295. Pode o cidadão, outrossim, apresentar representação ao Ministério Público, a fim de que este proponha a ação cabível.

<sup>1031</sup> TSE - Agravo regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 168.328/AL - Rel. Min. Arnaldo Versiani - j. 09/10/2012. Esse também é o entendimento de ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 617.

<sup>1032</sup> ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 514.

<sup>1033</sup> TSE - RO 692.966/RJ - Rel. Min. Laurita Vaz - j. 22/04/2014.

vice, sob pena de nulidade".<sup>1034</sup> Nesse sentido e tendo em vista a indivisibilidade da chapa, sempre que a ação puder resultar na perda do mandato, haverá litisconsórcio passivo necessário entre o titular e seu vice ou suplentes, tendo em vista os princípios da ampla defesa e do contraditório, não se podendo admitir que um candidato tenha seu registro ou diploma cassado sem que tenha tido a oportunidade de se defender.<sup>1035</sup>

Não há, no entanto, nas ações propostas contra candidato, a necessidade de inclusão de partido ou coligação. A agremiação partidária ou a coligação de partidos poderá requerer o ingresso no feito como assistente simples.<sup>1036</sup>

Em relação aos recursos eleitorais, a regra geral é a de que serão recebidos tão somente em seu efeito devolutivo, não possuindo efeito suspensivo<sup>1037</sup> e, na ausência de previsão expressa de prazo distinto, o prazo geral é de três dias.<sup>1038</sup> Um dos princípios que rege a matéria recursal no âmbito eleitoral é o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

É cabível recurso contra atos dos Juízes e Juntas Eleitorais, conforme previsão do art. 265 do Código Eleitoral. Contra a sentença prolatada por Juiz

---

<sup>1034</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código Eleitoral interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 564. Tal situação se aplica, também, para a hipótese de candidato ao Senado e seus suplentes.

<sup>1035</sup> Para ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 478, não há que se falar em litisconsórcio passivo em Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, tendo em vista que a inelegibilidade é de cunho pessoal, não atingindo o outro candidato da chapa. Haverá, no entanto, litisconsórcio passivo necessário entre titular e vice ou suplentes, nas hipóteses de AIJE, representação pelo art. 30-A, 41-A e 73 da Lei n. 9.504, AIME e RCED.

<sup>1036</sup> Mesmo em eleições proporcionais, em que o voto é, primeiramente, dado ao partido político, conforme as regras de quociente eleitoral, partidário e cálculo das sobras, não há que se falar em litisconsórcio passivo necessário entre o candidato e seu partido ou coligação, como bem demonstra ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 478 e 502.

<sup>1037</sup> Art. 257 CE. "Os recursos eleitorais não terão efeito suspensivo". Como exceções à regra podem ser destacados o art. 216 do Código Eleitoral, que dispõe que o RCED deve ser recebido em seu duplo efeito, e o art. 15 da LC n. 64/90, que dispõe que o recurso em AIRC também será recebido no efeito suspensivo. Como se não bastasse, em se tratando de eleição para chefia do Poder Executivo, especialmente, em eleições municipais, costuma-se conceder efeito suspensivo ao recurso, ao menos, até o julgamento pelo TRE, tendo em vista o princípio da continuidade administrativa, sob pena de ocorrerem reiteradas alternâncias na administração municipal. De qualquer sorte, o efeito suspensivo é excepcional e, muitas vezes, demanda o manuseio de ação cautelar inominada perante o Tribunal competente para o seu julgamento, a fim de que seja agregado efeito suspensivo.

<sup>1038</sup> Art. 258 CE. "Sempre que a lei não fixar prazo especial, o recurso deverá ser interposto em três dias da publicação do ato, resolução ou despacho". Nas representações que seguem o rito do art. 96 da Lei n. 9.504/97, o prazo recursal é de 24 horas.

Eleitoral, em eleição municipal, ou por Juiz Auxiliar, em eleição estadual, é cabível recurso.<sup>1039</sup>

Podem ser opostos embargos de declaração das decisões proferidas no âmbito da Justiça Eleitoral, sendo a sua previsão para as hipóteses de obscuridade, *dúvida*, contradição ou omissão. O prazo previsto para oposição é de três dias,<sup>1040</sup> salvo a hipótese de o prazo recursal previsto para a decisão embargada ser menor, o que fará com que os embargos devam ser opostos, igualmente, nesse prazo inferior.<sup>1041</sup> Por fim, não obstante o Código Eleitoral, em seu art. 275, § 4º, disciplinar que os embargos de declaração suspendam o prazo para interposição de outros recursos, o entendimento da Justiça Eleitoral é pacífico no sentido de que o prazo é interrompido.

Contra as decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, os recursos cabíveis serão o recurso especial, a) quando forem proferidas contra expressa disposição de lei, ou b) quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais, ou o recurso ordinário, a) quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais, ou b) quando denegarem habeas corpus ou mandado de segurança. O prazo para interposição dos recursos é de três dias.<sup>1042</sup>

Das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, somente cabe recurso ordinário, na hipótese de denegação de habeas corpus e de mandado de segurança de competência originária do TSE, ou recurso extraordinário, em caso de decisões que contrariem a Constituição Federal. O prazo para interposição de

---

<sup>1039</sup> Esse recurso não recebe qualquer nome, razão pela qual a quem entenda por bem chamá-lo de *recurso inominado*. Contudo, parece que o legislador, realmente, pretendeu chamar a espécie recursal pelo nome *recurso*.

<sup>1040</sup> Art. 275 do Código Eleitoral.

<sup>1041</sup> É o que ocorre em relação ao rito da representação do art. 96 da Lei n. 9.504/97, cujo prazo recursal é de 24 horas, razão pela qual os embargos de declaração também deverão ser opostos nesse prazo.

<sup>1042</sup> Art. 276 CE. "As decisões dos Tribunais Regionais são terminativas, salvo os casos seguintes, em que cabe recurso para o Tribunal Superior:

I - especial:

- a) quando forem proferidas contra expressa disposição de lei;
- b) quando ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais.

II - ordinário:

- a) quando versarem sobre expedição de diplomas nas eleições federais e estaduais;
- b) quando denegarem habeas corpus ou mandado de segurança".

recurso extraordinário em matéria eleitoral é de três dias, conforme Súmula n. 728 do STF.<sup>1043</sup>

Das decisões monocráticas proferidas nos tribunais, é cabível a interposição de agravo regimental.

Percebe-se, de todo o exposto, a insegurança legislativa em relação aos procedimentos eleitorais, visto que a legislação se limita a positivizar ritos procedimentais, isso quando, efetivamente, estabelece o rito. No mais, todos os aspectos processuais ficam sujeitos à construção pretoriana, com toda instabilidade daí decorrente, tendo em vista possibilidade de mudanças de entendimento, além da constante alteração da composição dos tribunais eleitorais.

Salta aos olhos, pois, que a legislação eleitoral, especialmente, em seu aspecto processual, é esparsa, fragmentada e não sistematizada, o que contribui para o estado de insegurança desse ramo do Direito.

Nesse contexto, abre-se vazão à necessidade, ao menos, de uma consolidação da legislação eleitoral, capaz de propiciar maior cognoscibilidade, podendo-se, também, falar na elaboração de uma verdadeira codificação eleitoral.<sup>1044</sup>

## SEÇÃO II. Sistematização legislativa

Na visão de Radbruch, a segurança jurídica exige a positividade do Direito, que seria um pressuposto de sua certeza, razão pela qual não haveria Direito certo que não fosse positivo, sendo da essência do Direito positivo ser certo.<sup>1045</sup>

---

<sup>1043</sup> Impõe-se salientar que o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal somente será cabível de decisão do Tribunal Superior Eleitoral. Assim, em caso de violação de norma constitucional por Tribunal Regional, será imperiosa, primeiramente, a interposição de recurso especial para o TSE.

<sup>1044</sup> Para PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105, "o discurso constante em torno da necessidade de uma ampla *reforma eleitoral* - discurso este extremamente justificado, diga-se de passagem - demonstra que ainda há muito o que aprimorar no que tange à legislação pertinente".

<sup>1045</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. revista e acrescida. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 160-161.

É nesse contexto que Guilherme Amaral demonstra a importância da previsibilidade da aplicação da lei processual, a fim de que as partes não sejam surpreendidas. E, para o autor, "um dos elementos que favorecem a previsibilidade é a existência do Direito legislado".<sup>1046</sup>

Convém que se reitere que um dos entraves à segurança jurídica no Direito Eleitoral é a ausência de uma consolidação legislativa ou de uma codificação unificada. Em matéria eleitoral, existem alguns diplomas normativos que norteiam o seu estudo. Assim, pode-se destacar o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), a Lei das Eleições (Lei n. 9.504/987), a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/90), a Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95), além da Constituição Federal. Isso sem falar que o Tribunal Superior Eleitoral possui poder normativo, emitindo Resoluções, destacando-se a Resolução n. 22.610, de 2007, que regulamentou a chamada Fidelidade Partidária.

No que tange ao Direito Processual Eleitoral, como, anteriormente, analisado, não há uma normatização consolidada e unificada, existindo uma pluralidade de procedimentos eleitorais, disciplinados em diferentes textos normativos, sem qualquer sistematização e coesão.

Não há, propriamente, uma normatização do Direito Processual Eleitoral, limitando-se a legislação esparsa a prever ritos, estabelecendo prazos e atos processuais, mas não disciplinando, efetivamente, a matéria. Aliás, muitas vezes, sequer o rito procedimental é disposto na legislação - como se percebe na já destacada Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, prevista no art. 14, § 10, da Constituição Federal, que não possui rito procedimental legalmente estabelecido, ficando ao alvedrio da jurisprudência -, não havendo sequer o estabelecimento de prazos, já tendo ocorrido de prazos recursais serem disciplinados e estabelecidos pela jurisprudência, como acontecia com o prazo recursal em processos de captação ilícita de sufrágio antes da Lei n. 12.034/2009.

A ausência de uma codificação única e sistêmica ou, ao menos, de uma consolidação legislativa, contribui para a insegurança jurídica que se pretende combater. E, por tal razão, inclusive, o Tribunal Superior Eleitoral emite resoluções

---

<sup>1046</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63. Continua Amaral, pontuando que não se trata "de uma pregação do positivismo. O que se pretende, com a idéia de respeito ao direito positivo, é garantir o mínimo de surpresas possíveis às partes quando da aplicação das normas processuais".



para cada pleito eleitoral, a fim de sistematizar a legislação e disciplinar o pleito eleitoral. Contudo, as próprias Resoluções, muitas vezes, modificam os textos legais, contribuindo para uma insegurança ainda maior do Direito Eleitoral.

Necessário seria estabelecer uma codificação atinente ao Direito Processual Eleitoral, a fim de que fosse devidamente estruturada e sistematizada a matéria ou, ao menos, consolidada, em um texto único, a legislação existente, pondo-se fim aos meros e esparsos ritos procedimentais, muitas vezes, incompletos, que existem hoje.

Não se quer, contudo, dizer que o Direito Positivo e a codificação sejam indispensáveis para a segurança jurídica.

É pertinente salientar que a precariedade da legislação, suscetível de mudanças drásticas e imprevisíveis, compromete a segurança jurídica, tendo em vista a ausência de cognoscibilidade, estabilidade e calculabilidade, o que se percebe, nitidamente, na legislação eleitoral.

Consoante destaca Gometz, leis mutáveis, transitórias e pouco duráveis, formuladas com linguagem vaga e de forma genérica não contribuem com a segurança jurídica, comprometendo a previsibilidade. O contrário ocorre quando as leis são precisas, duradouras, racionais, aplicadas, de forma rigorosa e tempestiva, pelos órgãos jurisdicionais, que propiciam uma confiança maior e previsibilidade, contemplando o ideal de segurança jurídica.<sup>1047</sup>

Segundo Valembos, se o Direito jurisprudencial, muitas vezes, é fonte de insegurança jurídica, também não é diferente com o normativismo, tendo em vista que o conceito de norma não exclui a retroatividade. Ademais, há que se ter em conta a proliferação de normas, a incontinência legislativa, que acaba por ser fonte de insegurança jurídica.<sup>1048</sup>

Percebe-se que o problema atinente à segurança jurídica não se encontra na legislação em si, mas, sim, na legislação imprecisa, antinômica, mutável, instável e que não é cognoscível. Da mesma forma, o Direito

---

<sup>1047</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 148.

<sup>1048</sup> VALEMBOSIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 96-100.

Jurisprudencial que tiver essas mesmas características, igualmente, não será seguro.<sup>1049</sup>

Ou seja, a segurança jurídica não está associada ao texto normativo, sendo a insegurança fruto da instabilidade, da mutabilidade da lei, do seu caráter cambiante e pouco estável. Portanto, tanto o Direito Positivado normativamente, como o Direito Jurisprudencial podem contemplar o ideal de segurança jurídica, assim como podem ensejar uma verdadeira insegurança jurídica.

Necessário é, para a cognoscibilidade do Direito, que ele seja acessível e inteligível, devendo as normas ser públicas, claras e precisas, buscando eliminar ambiguidade e indeterminação, prevenindo litígios e controvérsias.<sup>1050</sup>

Em conformidade com Humberto Ávila, "para se conhecer o Direito, ele precisa, ao contrário de estar disperso, estar concentrado",<sup>1051</sup> o que não ocorre com o Direito Eleitoral e, muito especialmente, com o Direito Processual Eleitoral.

O certo é que a legislação eleitoral existente não contempla o ideal de cognoscibilidade que demanda a segurança jurídica, tendo em vista a existência de textos esparsos, frequentemente alterados, fruto tanto da atividade do Poder Legislativo quanto da função normativa da Justiça Eleitoral.

Por tais razões, poder-se-ia pensar, em termos de Direito Eleitoral, em uma consolidação da legislação existente em um texto único, ou na elaboração de uma codificação eleitoral, de forma a sistematizar a matéria.

De imediato, impõe-se distinguir consolidação legislativa e codificação.

## § 1º. Codificação e consolidação legislativa

Partindo-se do pressuposto segundo o qual o caráter esparso e instável da legislação eleitoral é um problema em termos de segurança jurídica,

---

<sup>1049</sup> GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 151.

<sup>1050</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 14-15.

<sup>1051</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 311.

abrem-se duas possibilidades para a *construção* legislativa do Direito Processual Eleitoral: pode-se realizar a consolidação das leis já existentes em um texto único, ou se elaborar uma codificação unitária do Direito Eleitoral, em que se dedique um livro ao Direito Processual Eleitoral.

Trata-se de duas alternativas distintas, não se podendo confundir simples consolidação normativa com codificação.

Nesse contexto, destaca-se que o código é uma lei unitária, que forma um sistema, enquanto que a consolidação é menos do que um código, não representando inovação, visto que "os próprios textos existentes são alterados".<sup>1052</sup>

Para Viora, codificação e consolidação legislativa seriam termos antagônicos, tendo em vista que os códigos possuiriam característica de um novo sistema de Direito, o que não ocorreria com a mera consolidação da legislação existente. Mesmo as normas antigas perdem sua individualidade em um código, passando a ser simples elementos de uma lei única e nova.<sup>1053</sup>

Conforme Cavanna, o código possui, como peculiaridade, a sua exclusividade, substituindo o sistema tradicional, não o reconhecendo como fundamento pré-constituído. Assim, o código apresenta-se como um novo sistema jurídico, "que encontra unicamente em si mesmo a própria razão de ser e que faz surgir do zero o inteiro horizonte do direito".<sup>1054</sup>

Já a consolidação normativa em um texto único sempre mantém o problema de sua relação com as normas anteriores.<sup>1055</sup>

Percebe-se, por conseguinte, que "texto único é definido como texto de lei que unifica e substitui uma pluralidade de textos que disciplinam uma determinada matéria". Para a elaboração de um texto único, de uma consolidação legislativa, há problemas para a identificação das disposições legislativas em vigor sobre a matéria e para a coordenação das disposições normativas encontradas.

<sup>1056</sup>

Na dicção de Mario Viora, as consolidações legislativas estariam situadas, temporalmente, no período anterior à Revolução Francesa, enquanto que

<sup>1052</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 347-348.

<sup>1053</sup> VIORA, Mario. **Consolidazioni e codificazioni**: contributo alla storia della codificazione. 3. ed. Torino, 1967, p. 01.

<sup>1054</sup> CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa**: le fonti e il pensiero giuridico. V. I. Milano: Giuffrè, 1979, p. 257-258.

<sup>1055</sup> IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 193.

<sup>1056</sup> IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 189-197.

o período das codificações iniciaria na segunda metade do século XVIII, perdurando até os dias atuais.<sup>1057</sup>

Conforme Natalino Irti, no entanto, a diferença entre consolidação legislativa e codificação diz respeito menos ao período histórico e mais aos critérios e maneiras de ordenamento do material legislativo. Nesse sentido, o texto único seria uma forma de consolidação legislativa, que não excluiria a presença da codificação.<sup>1058</sup>

De qualquer sorte, impõe-se salientar que, enquanto o código é um sistema, um todo orgânico, o texto único é uma simples compilação das disposições vigentes. É possível que a consolidação legislativa em texto único não seja unitária, tendo a possibilidade de constituir-se em um texto fragmentado e não orgânico. Já o código caracteriza-se por possuir unidade e sistematicidade.<sup>1059</sup>

Assim, a codificação não realiza uma consolidação de textos legislativos, sendo a fonte exclusiva do Direito.<sup>1060</sup>

Contudo, segundo Fábio de Andrade, a consolidação trataria da simples compilação das normas existentes, "sempre que houvesse um momento de exaustão legislativa", enquanto que os códigos, "a par de conterem material legislativo novo, são especialmente animados por um espírito inovador, que os diferencia da consolidação". Haveria, para o autor, uma ideia de conservadorismo na consolidação e de inovação na codificação.<sup>1061</sup>

De acordo com Natalino Irti, muito embora os textos únicos rompam e mitiguem a unidade do código, eles edificam uma nova e diversa unidade, mais frágil e reduzida, mais variada e inquieta, mas que, talvez, seja a unidade que o nosso tempo tem a oferecer.<sup>1062</sup>

No entanto, é de se ressaltar que a codificação apresenta vantagens em relação à mera consolidação da legislação existente, especialmente, em razão de sua unidade e sistematicidade.

---

<sup>1057</sup> VIORA, Mario. **Consolidazioni e codificazioni**: contributo alla storia della codificazione. 3. ed. Torino, 1967, p. 41.

<sup>1058</sup> IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 193.

<sup>1059</sup> IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 196.

<sup>1060</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 29.

<sup>1061</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 21.

<sup>1062</sup> IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 201.

É nesse contexto que Mario Viora entende que, modernamente, conhecendo-se as codificações, deveriam ser ignoradas as consolidações.<sup>1063</sup>

O próprio Natalino Irti adverte que os textos únicos consolidados e os códigos são conceitos distintos e distantes. Para o autor, enquanto os códigos pertenceriam ao mundo da estabilidade e da continuidade, os textos únicos pertenceriam ao mundo do mutável e do precário.<sup>1064</sup>

Percebe-se, pelo exposto, o caráter mais estável, sistemático e unitário da codificação, que, igualmente, apresenta a vantagem de se traduzir em um sistema novo, que, portanto, não terá as dificuldades da convivência com as normatizações anteriores.

Por essa razão, embora a simples consolidação legislativa já represente um avanço em relação à situação atual da legislação eleitoral, a elaboração *ex novo* de uma codificação traria evidentes vantagens.

## § 2º. Da codificação

Conforme Fábio de Andrade, "o termo código deriva de *codex*, também conhecido pela forma de *caudex*. Sua acepção mais remota é a de tronco de árvore".<sup>1065</sup>

A concentração de textos em uma codificação é uma tendência antiga, podendo-se destacar, dentre outros, o Código de Hamurabi. Contudo, o caráter sintético, científico e sistemático das codificações somente é percebido a partir dos "diplomas resultantes do chamado 'movimento de codificação', a partir do final do século XVIII", não existindo, nos "diplomas anteriores, mesmo que designados formalmente 'código'".<sup>1066</sup>

<sup>1063</sup> VIORA, Mario. **Consolidazioni e codificazioni**: contributo alla storia della codificazione. 3. ed. Torino, 1967, p. 41-42.

<sup>1064</sup> IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 190.

<sup>1065</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 19.

<sup>1066</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 346. Salienta o autor que "o código moderno *regula unitariamente um ramo do direito*, enquanto que em códigos antigos se manifesta a tendência para regular todos os ramos do direito".

Nesse passo, em que pese a existência de *codificações* antigas, tratava-se de meras compilações legislativas, que não configuravam um sistema, tendo em vista a ausência de ordem e de unidade, com incoerências internas. Não se pode, pois, estabelecer relação das codificações antigas "com a conotação moderna da palavra", que se refere a uma *técnica*, a um instrumento que pressupõe para sua própria efetivação "a ab-rogação de todo o direito precedente, a formulação sistematizada de leis tendentes a impedir toda a possível antinomia e a pretensão de auto-suficiência do seu sistema interno".<sup>1067</sup>

O código, como sistema fechado, possui dois paradigmas: "o que será expresso no *Code* e o que encontrará a sua forma na pandectística alemã. Em ambos ecoará o jusracionalismo, mas o primeiro encontrará as suas raízes no iluminismo".<sup>1068</sup>

As modernas codificações têm origem nas codificações oitocentistas, que tinham a natureza sistemática, efeito e razão da completude e coerência.<sup>1069</sup>

Conforme Judith Martins-Costa, "a codificação nasce e se justifica com a Revolução (francesa), a de 1789".<sup>1070</sup>

Entre o final do século XVIII e os primeiros anos do século XIX, vivia-se em um emaranhado de ideologias e interesses econômicos, de ordenação racional e de unidade política, que encontrou resposta nos códigos europeus. O código foi uma obra capaz de afirmar a primazia da lei em relação às demais fontes de Direito, sistematizando a disciplina de um setor da vida. Assim, a unidade nacional foi expressa em uma unidade legislativa, tendo o código um sentido de *livro patriótico*, que trazia a identidade cultural de um país, a igualdade dos cidadãos, a continuidade da tradição, juntamente com a audácia da modernidade.<sup>1071</sup>

<sup>1067</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 176-177.

<sup>1068</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 178.

<sup>1069</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 32.

<sup>1070</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 177.

<sup>1071</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 25-26. Para MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 179, a Europa do século XVIII apresentava um ambiente propício para a segurança jurídica.

Consoante Fábio de Andrade, "as idéias iluministas muito favoreceram a teoria da codificação, na medida em que propugnavam pela racionalização do Direito".<sup>1072</sup>

Segundo Judith Martins-Costa, "a codificação francesa, a primeira codificação em sentido moderno, traduz o iluminismo dos matemáticos e dos ordenadores do mundo em bem acabadas categorias *legislativamente determinadas*". Nesse contexto, "o mito jusracionalista da sistematização se transforma em ideologia e o direito será o seu veículo".<sup>1073</sup>

O prestígio da codificação francesa se funda na origem assentada na vontade geral, que corresponde à soberania popular, e na sua aplicação de forma geral a todos, tendo em vista o princípio da isonomia.<sup>1074</sup>

O sistema da codificação francesa é ainda um sistema externo, "mas passa a significar um novo *methodus disponendi*, em que as matérias estão metodicamente organizadas de forma a espelhar o 'movimento natural da vida'", dirigindo-se à "regulação completa, exaustiva, plena, da vida privada burguesa".<sup>1075</sup>

A disposição legal que prescrevia ao juiz considerar a codificação "como uma regulamentação em si mesma completa e exaustiva de todas as relações jurídicas civis" impunha uma passividade ao julgador frente à lei, o que satisfazia o ideal de segurança jurídica".<sup>1076</sup>

Já, em 1900, se tem a publicação do Código Civil alemão, o BGB, que, com seu "tratamento muito mais técnico e pormenorizado das matérias, em contraposição à maleabilidade do Código Civil francês, influenciou fortemente codificações posteriores, como o Código Civil brasileiro de 1916".<sup>1077</sup>

O BGB, aprovado no Parlamento, em 1896, passou a vigorar em 1900 e se destacava "por levar a extremos a idéia de que uma codificação deve ser necessária e rigorosamente exaustiva", demonstrando sua profunda ligação à

---

<sup>1072</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 63.

<sup>1073</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 180-181.

<sup>1074</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 185.

<sup>1075</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 189.

<sup>1076</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 194. Destaca a autora, à fl. 207, que a codificação francesa era marcada pelo formalismo exegético.

<sup>1077</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 355.

pandectística, o que se destaca, também, pela adoção de uma parte geral. A presença de cláusulas gerais, igualmente, merece destaque no BGB alemão.<sup>1078</sup>

A codificação alemã é quase um século posterior à francesa e "foi precedida de uma bagagem doutrinária, e de um diverso modo de formulação do raciocínio jurídico".<sup>1079</sup>

A pandectística alemã tem "a idéia do *sistema como construção*", partindo da premissa segundo a qual a ausência de unidade legislativa e de uma "*ciência jurídica comum à nação alemã*" implicaria a ausência de unidade política.<sup>1080</sup>

Assim, "a noção da dogmática como elaboração ou construção do sistema é o grande contributo da pandectística alemã à ciência do direito", em que o dogmatismo "*será predominantemente um método de construção do sistema*".<sup>1081</sup>

Merece relevo a fundamental contribuição de Savigny para esse sistema, concebido como "algo 'inerente' ao direito", possuindo uma "*sistematicidade interna*".<sup>1082</sup>

A partir de Savigny, tem-se que o sistema possui uma originária e irreduzível naturalidade intrínseca, que se faz necessária para a compreensão das normas particulares, que somente podem ser interpretadas como parte do todo, possuindo uma *energia expansiva*, "capaz de exprimir ulteriores princípios e de preencher lacunas".<sup>1083</sup>

É nesse contexto que se considera "formada a *jurisprudência dos conceitos*", escola que pretendeu transformar os cientistas do direito em produtores das normas que existiam, em potência ou latência, no sistema, através de uma atividade dedutivo-produtiva". Essa produção, no entanto, se dá não como

---

<sup>1078</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 87-89.

<sup>1079</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 207.

<sup>1080</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 212-213.

<sup>1081</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 214.

<sup>1082</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 214.

<sup>1083</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 218.



*inovação*, mas, sim, "como um *desvelamento* ou *tradução* do que já está contido no sistema".<sup>1084</sup>

Na codificação alemã, o sistema é o código, que ordena e unifica a normatização de uma dada matéria.<sup>1085</sup>

Para Judith Martins-Costa,

o sistema jurídico é visto de modo fechado como a concatenação das proposições jurídicas obtidas mediante análise, de tal modo que elas formem, entre si, um sistema de regras logicamente claro, em si logicamente livre de contradições e sobretudo sem lacunas, para o que todos os fatos da vida tidos como jurídicos possam logicamente subsumir-se numa das normas contidas pelo Código.<sup>1086</sup>

Distingue-se do *Code* francês em razão da ética material acolhida, da estruturação técnica e do tipo de operação sistemática. Em sua estruturação técnica, o BGB se destaca pela busca de uma exatidão e de uma precisão quase matemáticas, com a clareza suprema de suas formas, tendo em vista linguagem rigorosamente técnica. Merece relevo, em sua estruturação, igualmente, a presença de uma "Parte Geral", que visa a assegurar "*unidade do Código*", permitindo que o direito - seguindo a tradição pandectística - seja *construído de forma centralizada*", assegurando o sistema interno.<sup>1087</sup>

Judith Martins-Costa refere que, "na gênese do espírito codificador está a estrutura do tipo sistemático central", em que se "raciocina através das idéias ou conceitos, ou ainda princípios centrais do sistema, dispostos na Parte Geral", buscando ser "coerente e completo, denotando a pretensão da suficiência do *codex*".<sup>1088</sup>

Feito esse breve panorama histórico das codificações, em que merecem destaque o *Code Civil* francês e o BGB alemão, passam a ser analisadas as características, vantagens e desvantagens da codificação.

<sup>1084</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 222. Segundo a autora, à p. 232-233, o BGB como um código do liberalismo, destinado à "burguesia possuidora", fruto da pandectística alemã, caracteriza-se como o "direito da jurisprudência".

<sup>1085</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 224. Para a autora, à p. 225, "a coerência, a plenitude e a autonomia [...] serão as três características mais valorizadas".

<sup>1086</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 225.

<sup>1087</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 233-235.

<sup>1088</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 236.

Consoante Humberto Ávila,

a codificação é um dos principais instrumentos de abrangência normativa, pois permite o agrupamento, de maneira lógica e em um só documento, sob o ponto de vista da matéria, e do âmbito de aplicação, das disposições gerais. É fácil reconhecer a vinculação da codificação com os ideais de cognoscibilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico: o agrupamento em um só documento favorece a acessibilidade material, porque o cidadão, pelo mais fácil acesso e pela abrangência do diploma, tem maiores condições de saber onde procurar o dispositivo legal aplicável.<sup>1089</sup>

Note-se, portanto, que "a codificação, assim elaborada, pelos critérios da autenticidade, da completude e da apresentação, é um meio que contribui para a promoção da segurança jurídica".<sup>1090</sup>

Por meio de uma codificação, é possível elaborar as disposições gerais, com o agrupamento de elementos esparsos que possuem, como ponto comum, a referência a um mesmo corpo de normas ou a um mesmo campo jurídico. A codificação é uma obra de planejamento e clarificação do Direito, permitindo sua racionalização e possibilitando estancar a inflação normativa, contribuindo para a lógica da segurança jurídica.<sup>1091</sup>

José de Oliveira Ascensão apresenta vantagens da codificação, salientando o fácil conhecimento do Direito, a disciplina unitária que evita incongruências e a sistematização científica. Dessa maneira, sendo o código um diploma científico e sistemático, tem-se uma concentração sistematizada, pressupondo e facilitando a construção científica do Direito. Como desvantagem, o autor destaca a rigidez, que demanda uma profunda meditação para a realização de alterações, sendo um "obstáculo à evolução e à adaptação da ordem jurídica".<sup>1092</sup>

Odete Medauar apresenta argumentos que seriam favoráveis e contrários à codificação do Direito Administrativo, que, de certa forma, podem ser analisados em relação ao Direito Eleitoral. Dessa forma, seriam argumentos contrários à codificação a imaturidade científica da matéria, a impossibilidade de

<sup>1089</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 310-311

<sup>1090</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 311.

<sup>1091</sup> VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005, p. 289.

<sup>1092</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 352-353.

codificação do Direito Público em geral e a mutabilidade excessiva da legislação. Como argumentos favoráveis, poder-se-ia falar na possibilidade de se ter normas simples, claras e certas e na ordenação da legislação, que permitiria, inclusive, a mitigação de arbítrios. Como solução intermediária, a autora refere a possibilidade de uma codificação parcial, só com o estabelecimento dos princípios.<sup>1093</sup>

A autora se posiciona, favoravelmente, a uma codificação do Processo Administrativo, tendo em vista as exigências de sistematização e do Estado de Direito e a mitigação das incertezas.<sup>1094</sup> A mesma conclusão pode ser adotada em termos de Direito Processual Eleitoral.

Destaca Odete Medauar que a fixação dos preceitos fundamentais em uma lei geral "não produzirá a cristalização do direito, nem impedirá a contribuição doutrinária e jurisprudencial na matéria".<sup>1095</sup> E esse risco seria ainda menor em termos de Direito Eleitoral, tendo em vista a função regulamentadora que possui a Justiça Eleitoral, a permitir a evolução jurídica.

Os códigos têm a necessidade de estarem conectados com a realidade socioeconômica e adotarem dispositivos de flexibilidade, que permitam sua modernização ou retardem seu envelhecimento.<sup>1096</sup>

A bem da verdade, a posição histórica do código não possui caráter absoluto e imutável, mas tem uma extraordinária energia de duração.<sup>1097</sup>

Para Natalino Irti, cabe ao código assumir a responsabilidade da unidade, garantindo a unidade substancial.<sup>1098</sup>

Codificar é estabelecer o Direito em conformidade com uma tábua de princípios, sendo que a racionalidade do código reside em seu sistema interno, em que os princípios orientam a solução dos problemas, ditando o critério para distribuir e colocar as matérias reguladas. A ordem não se dá, exteriormente, à matéria, como costuma ocorrer com a consolidação e com os textos únicos, mas, sim, de forma interna.<sup>1099</sup>

---

<sup>1093</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 138. Segundo Medauar, p. 155, a codificação permitiria "proteger os direitos essenciais contra os excessos", servindo como proteção frente ao arbítrio.

<sup>1094</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 153.

<sup>1095</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 153-154.

<sup>1096</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 35.

<sup>1097</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 12-13.

<sup>1098</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 14.

<sup>1099</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 26-27.

Sob essa ótica, o vocábulo sistema corresponde à ideia de ordem e de ordenação, sendo que "o objeto do sistema externo é a *relação entre os elementos que são objeto de sua disciplina*", competindo ao jurista, em sua atividade de sistematização, "dar uma *estrutura ordenada às normas*, integrantes de certo conjunto".<sup>1100</sup>

O código é "um sistema auto-referenciado, que encontra a sua fonte em si mesmo", com pretensão de plenitude. O código tem a pretensão de ser "um sistema em si mesmo completo e autojustificável".<sup>1101</sup>

Conforme Natalino Irti, "os códigos são depositários da tradição científica, e usam aquele material dos conceitos e figuras técnicas que é próprio da doutrina. Não há diversidade de linguagem, mas um falar único e contínuo".<sup>1102</sup>

Percebe-se, pelo exposto, a relevância da codificação para a unidade e sistematicidade de uma matéria, no caso em tela, para o Direito Eleitoral em geral e para o Direito Processual Eleitoral em especial.

Cumprir referir que uma das causas práticas para as codificações oitocentistas era a "situação caótica em que na época se encontravam as fontes de direito".<sup>1103</sup> Em que pese a passagem de longo período de tempo, não se pode desconsiderar o caráter caótico atual das fontes do Direito Eleitoral.

Claro que a codificação não produz, por si só, segurança jurídica, revelando-se, hoje, no entanto, conforme Humberto Ávila,

tão valioso como foram as codificações oitocentistas: se elas pretenderam unificar o Direito consuetudinário esparso, para garantir acessibilidade e inteligibilidade das normas, o mesmo problema surge nos tempos atuais, em decorrência do elevado número de leis especiais, circunstanciais e transitórias, cujo conjunto se assemelha a um "labirinto jurídico" e torna o ordenamento contemporâneo - no dizer de Ferrajoli - muito parecido com aquele pré-moderno.<sup>1104</sup>

Não se está, com isso, desconsiderando aquilo que Natalino Irti chama de *Era da Descodificação*.<sup>1105</sup> Ocorre que não se tem, no Direito Eleitoral,

<sup>1100</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

<sup>1101</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 170-171.

<sup>1102</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 51.

<sup>1103</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 352.

<sup>1104</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 311.

<sup>1105</sup> IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 21-49.

verdadeiros microssistemas, como o autor italiano identifica em matérias de Direito Civil. Não há, no Direito Eleitoral, alguma legislação especial que regule, de forma geral, um instituto ou uma matéria inteira, havendo leis esparsas que tratam de temas variados e, muitas vezes, de forma sobreposta.

Ademais, não obstante a existência de uma norma intitulada Código Eleitoral, não há, no Direito Eleitoral, uma norma geral, como seria, originariamente, o Código Civil em relação ao Direito privado e que, diante dos microssistemas, passa a ter uma função de direito residual.<sup>1106</sup>

Reitere-se que a codificação vincula-se à ideia de sistema, que "favorece a clareza, a ordem e a harmonia do ordenamento jurídico".<sup>1107</sup>

Além da sistemática, a codificação se desenvolveu em razão de permitir a unificação do Direito e viabilizar a racionalidade jurídica.<sup>1108</sup>

Por tais razões, Fábio de Andrade salienta que "o fenômeno da codificação ainda granjeia adeptos e alcança novas finalidades", destacando-se que "o código ainda é uma forma de legislação que está associada à modernidade", não tendo mais uma acepção totalizante, passando-se a "pensar o código como um elemento central do sistema jurídico", a fim de "facilitar a harmonização do Direito".<sup>1109</sup>

É nesse sentido que, modernamente, não se pode mais pensar a codificação sob o prisma oitocentista, assumindo o código "um papel menor, mas ao mesmo tempo mais essencial: o de centralidade do sistema jurídico". Trata-se de um novo modelo de codificação, um modelo central que possui uma função integrativa.<sup>1110</sup>

A clareza e a simplicidade da linguagem são grandes atributos das codificações. Cada código possui seu estilo próprio, mas as codificações em geral possuem estilo sóbrio e incisivo, racional e axiomático.<sup>1111</sup>

---

<sup>1106</sup> IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 40.

<sup>1107</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 29.

<sup>1108</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 50.

<sup>1109</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 147.

<sup>1110</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 152-155. Para o autor, à p. 162, uma das finalidades da codificação é a possibilidade de servir à harmonização jurídica.

<sup>1111</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 45.

A estabilidade do sentido, da linguagem, é uma questão linguística e de controle jurídico pela sociedade. Por esse motivo, o estilo das codificações, como *voz da razão*, busca ordenar as relações entre sujeitos iguais, tornando previsíveis e calculáveis os seus comportamentos.<sup>1112</sup>

Além do mais, a elaboração de uma codificação permitiria ampla produção doutrinária sobre o tema, bem como geraria manifestações jurisdicionais e ainda poderia receber alterações legislativas que se façam necessárias para que se acompanhe a "realidade dinâmica da vida social".<sup>1113</sup>

Percebe-se, por conseguinte, a existência de muitas características positivas da codificação, que se mostram necessárias em se tratando de normatização de Direito Eleitoral e de Direito Processual Eleitoral. Para a elaboração de uma verdadeira codificação desses ramos do Direito, indispensável é a realização de uma reforma da legislação eleitoral.

### **SEÇÃO III. Reforma da legislação eleitoral**

Na Seção anterior, foi demonstrada, em termos de *construção* legislativa, a vantagem da codificação em relação à consolidação normativa. Para tornar realidade a codificação da matéria eleitoral, é imperiosa a realização de uma reforma da legislação eleitoral.

E é nesse contexto que, em 08 de junho de 2010, foi instituída a "Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código Eleitoral", pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 192 de 2010 (ATS 192/2010), tendo como presidente da comissão o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal e atual presidente do Tribunal Superior Eleitoral.<sup>1114</sup>

Na primeira reunião da comissão, ocorrida em 07 de julho de 2010, "foi aprovada a divisão dos trabalhos em quatro temas: 1) administração e organização das eleições; 2) direito penal e processual penal eleitoral; 3) direito

<sup>1112</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 45.

<sup>1113</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 154.

<sup>1114</sup> Disponível em <  
<http://www.senado.gov.br/atividade/comissoes/comissao.asp?origem=&com=1714> > Acesso em 17 de março de 2015.

processual eleitoral não penal; e 4) direito material eleitoral não penal". Na ocasião, definiu-se o regimento interno e estabeleceu-se o prazo de 180 dias para o encerramento dos trabalhos.<sup>1115</sup>

Contudo, desde a instalação da comissão de juristas, houve inúmeras prorrogações dos trabalhos, ainda não tendo sido apresentado qualquer resultado. A última movimentação, de 19 de dezembro de 2014, versa sobre o ato do Presidente do Senado Federal n. 26, que prorroga os trabalhos da comissão até o dia 19 de junho de 2015.

Até o momento, ao longo da atuação da comissão, foram realizadas cinco reuniões internas de seus membros e oito audiências públicas.

Muito embora ainda não tenha ocorrido a apresentação de um esboço ou de um anteprojeto de lei, o que se percebe é que está em andamento a elaboração de uma reforma da legislação eleitoral, com o estabelecimento de uma codificação.

A referida codificação, como resta claro do plano de trabalho aprovado, versa sobre toda a matéria de Direito Eleitoral, envolvendo Direito Material e Processual, em matéria Penal e Não Penal.

Por conseguinte, o Direito Processual Eleitoral estaria encartado dentro dessa codificação maior, com o Direito Processual Não Penal sendo tratado em um livro ou capítulo próprio.

E, realmente, tal alternativa se apresenta como necessária para a *construção* legislativa do Direito processual Eleitoral, em que pese a necessidade de serem positivados os institutos processuais, as orientações principiológicas e os ritos procedimentais eleitorais, em uma ideia de unidade e sistematicidade, tornando o conteúdo normativo cognoscível e mais seguro.<sup>1116</sup>

---

<sup>1115</sup> Disponível em < <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=135169&tp=1> > Acesso em 17 de março de 2015.

<sup>1116</sup> Esse também é o entendimento de PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso, BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. **Direito eleitoral**: aspectos processuais - ações e recursos. Curitiba: Juruá, 2010, p. 60, para quem "urge a necessidade de codificação de todas as leis esparsas em um só código, uma unificação processual/procedimental com a finalidade de facilitar a atuação de todos os operadores do direito". Os autores, no entanto, não deixam claro se esse unificação dar-se-ia por meio de uma consolidação em texto único, ou se seria fruto da elaboração de uma codificação sobre a matéria.

## CAPÍTULO II. CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA

A *construção* legislativa ainda não é uma realidade, havendo apenas uma comissão de juristas tratando do tema. Contudo, mesmo após eventual *construção* legislativa, a contribuição doutrinária se fará necessária. A classe dos juristas dá o tom à codificação, como se percebe dos exegetas franceses no *Code Civil* de 1804 e dos pandectistas alemães no código de 1896.<sup>1117</sup>

As revoluções políticas necessitam de consenso técnico, em que os juristas desempenham uma função de moderação e controle.<sup>1118</sup>

Natalino Irti destaca que existem códigos que são obra exclusiva do legislador, como o *Code Civil* napoleônico, e códigos que são fruto da atividade da doutrina, como o código civil alemão de 1896, em que entre a escola - no caso a pandectística - e o código se estabelece um "nexo de produtiva circularidade, tendo em vista que a doutrina oferece ao código esquemas e conceitos próprios, e o código, em razão do conteúdo e da sistematização das soluções legislativas, estimula e orienta novos estudos".<sup>1119</sup>

Assim, percebe-se a importância da doutrina mesmo na hipótese da construção legislativa do Direito Processual Eleitoral. Contudo, enquanto não se realiza a tão esperada reforma da legislação eleitoral, é ainda mais importante o papel da doutrina, que se apresenta como a atual esperança na *construção* de um efetivo Direito Processual Eleitoral.

Conforme Natalino Irti,

a antítese entre sistema de código e micro-sistema, o conflito entre princípios reguladores, a diversidade de método de interpretação (orgânico ou fragmentário, lógico ou exegético), a incapacidade ou neutralidade do legislador: todos esses elementos geram uma grande responsabilidade histórica à classe dos juristas.<sup>1120</sup>

Um código é, ao mesmo tempo, um fato político e um fato técnico. Somente terá origem com a atuação do governo e sua autoridade de decisão. E, mesmo que tal ambiente seja proporcionado e a codificação se torne realidade, a sua novidade está nas matérias e nos critérios disciplinados, mas a sua forma, que

<sup>1117</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 31.

<sup>1118</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 32.

<sup>1119</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 47.

<sup>1120</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 51.



lhe é peculiar e o destaca em relação às demais fontes de Direito, está na textura de seus princípios e na colaboração dos juristas.<sup>1121</sup>

Percebe-se a importância da contribuição da doutrina para a *construção* de um verdadeiro Direito Processual Eleitoral. Para tanto, é importante repensar o papel da doutrina, que deixa de ser meramente descritivo e passa a ser criativo e reconstrutivo (Seção I). E, para essa atividade doutrinária, destacam-se ferramentas conceituais, em que se sobrepõe a Teoria Geral do Processo (Seção II) e ferramentas constitucionais, em especial, os direitos fundamentais (Seção III).

## SEÇÃO I. Papel da doutrina: da descrição à reconstrução

O caráter meramente descritivo do discurso científico tem íntima ligação com o chamado "Círculo de Viena", em que, segundo Humberto Ávila, "o discurso, para ser elevado à categoria de Ciência, deveria limitar-se à descrição, com objetividade e exatidão, do positivo, do dado, do apreensível".<sup>1122</sup>

A Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, segue esse critério, em que a função da Ciência do Direito é tão somente a de conhecer o Direito, com objetividade e exatidão, sendo meramente descritiva.<sup>1123</sup>

Para Humberto Ávila,

'a tese descritivista da Ciência do Direito' partiu de um modelo de Ciência criado para outros mundos, mas não para o mundo do Direito. O ideal dos empiristas, de criar um único método para todas as ciências, surgiu inicialmente para as ciências naturais, lastrando-se mais tarde para todas as ciências, inclusive a do Direito.<sup>1124</sup>

<sup>1121</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 31.

<sup>1122</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 182.

<sup>1123</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 182. Para o autor, à fl. 183, trata-se de paradigma científico empirista, para o qual "a função da Ciência do Direito seria a de descrever o conteúdo do Direito, sem interferir no seu desenvolvimento". Percebe-se, claramente, tal circunstância de KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Machado, 1976, p. 109-116.

<sup>1124</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 201. Contudo, destaca-se que "a Ciência do Direito envolve um discurso que não tem por objeto uma entidade física, mas uma realidade discursiva, incapaz de ser descrita como supostamente o é uma entidade física, pela singular e boa razão de que não está pronta sem a participação do intérprete".

Contudo, impõe-se atentar para o fato de que a Ciência do Direito não tem, como única função, a descritiva. Aliás, sequer é sua função mais importante. Portanto, além de descrever, deve o doutrinador adscrever e criar significados.<sup>1125</sup>

Não se pode ter, como único tipo de interpretação, a cognitiva, em que se tem "uma atividade meramente *descritiva* de significados", tendo em vista a necessidade de uma *interpretação decisória*, em que "o intérprete escolhe um significado, dentre os vários existentes", e que envolve uma atividade adscritiva, e de uma *interpretação criativa*, em que o intérprete, diante da ambiguidade do dispositivo, que contempla mais de um significado, "introduz um novo significado".<sup>1126</sup>

Humberto Ávila destaca a existência de "três grandes teorias da interpretação: a cognitivista, a cética e a eclética". Para a teoria cognitivista, a atividade do intérprete é meramente descritiva. Já, para a teoria cética, a atividade do intérprete envolveria ato de vontade, em que "o Direito seria (re)criado pelo intérprete". Por fim, com a teoria eclética, tem-se que "a interpretação compreenderia atos de conhecimento *ou* atos de vontade, conforme a origem da abertura à participação do intérprete".<sup>1127</sup>

Dessa forma, demonstra Humberto Ávila que "a Ciência do Direito não apenas descreve, mas também adscribe e cria significados, nunca diretamente, mas sempre por meio da intermediação de diversos processos discursivos", razão pela qual sua função não é apenas descritiva.<sup>1128</sup>

O doutrinador não lida apenas com elementos textuais, mas também "com outros elementos *pressupostos* ou *referidos* pelos textos e sem cujo exame o sentido do texto sequer pode ser desenvolvido". Dentre esses elementos pressupostos ou referidos, pode-se falar em atos, fatos, costumes, finalidades e efeitos.<sup>1129</sup>

Nesse sentido, refere Humberto Ávila que

---

<sup>1125</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 183.

<sup>1126</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 184.

<sup>1127</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 185.

<sup>1128</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 187.

<sup>1129</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 188.

a interpretação não pode ser feita por meio de mera identificação da função gramatical e lógica dos vocábulos ou da estrutura sintática das disposições legais. São necessárias conjecturas a respeito da relação entre as normas e as intenções, os efeitos, os fins e os bens jurídicos a que elas fazem referência. O importante é que esses elementos extratextuais não podem ser interpretados por meio de uma mera declaração de significado.<sup>1130</sup>

O doutrinador não faz mera interpretação cognitivista, elaborando, também, interpretações decisórias e criativas, não se limitando a descrever, mas também adscrevendo e construindo significados.<sup>1131</sup>

A bem da verdade, "a equivocidade das formulações legislativas impede que o intérprete faça somente interpretações cognitivistas, exigindo que ele também proceda a interpretações decisórias ou criativas, adscrevendo ou construindo significados".<sup>1132</sup>

Não prospera a tese descritivista do Direito, já que este não é "um objeto *diretamente* suscetível de conhecimento por parte do intérprete", tendo em vista que "toda interpretação envolve a intermediação discursiva ou o condicionamento de métodos, argumentos e teorias".<sup>1133</sup>

Por conseguinte,

a interpretação é sempre *intermediada* por processos discursivos que envolvem atividades decisórias e criativas. O significado, em vez de anteceder aos processos discursivos, *resulta* deles. Somente *depois* - não antes - de superados esses processos discursivos é que se pode falar em significados.<sup>1134</sup>

Para Humberto Ávila, a atividade descritiva "sequer pode ser qualificada como sendo a atividade fundamental desempenhada pela Ciência do

<sup>1130</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 189.

<sup>1131</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 190.

<sup>1132</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 191.

<sup>1133</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 192. Para o autor, p. 194-195, "toda interpretação envolve inevitavelmente uma escolha estruturada por métodos, baseada em argumentos e fundada em teorias", o que "impede a defesa de que cabe à Ciência do Direito apenas descrever significados suscetíveis de conhecimento".

<sup>1134</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 198.

Direito", tendo em vista serem as atividades adscritivas e criativas as fundamentais".<sup>1135</sup>

É nesse contexto que o professor gaúcho propõe o *estruturalismo argumentativo*, baseado na teoria dos sistemas, na teoria das normas e na teoria jurídica da argumentação. A interpretação jurídica seria, pois, "um processo discursivo baseado em argumentos, estruturado por métodos e guiado por teorias", envolvendo um "entrelaçamento de atividades descritivas, adscritivas e criativas, cuja legitimidade depende do reconhecimento de limitações exteriores e da observância de critérios intersubjetivamente controláveis".<sup>1136</sup>

Percebe-se, por isso, que "o discurso doutrinário, além da descrição, envolve a reconstrução, a decisão e a criação de significados de elementos textuais e extratextuais, com base em métodos, argumentos e critérios de prevalência argumentativa".<sup>1137</sup>

A atividade doutrinária não se limita a emitir proposições descritivas, emitindo

*enunciados interpretativos reconstitutivos*, voltados a reconstruir o significado de dispositivos, *enunciados interpretativos adscritivos*, dirigidos a decidir o significado de dispositivos, e *formulações normativas*, utilizados para introduzir novos significados.<sup>1138</sup>

É nesse sentido que Humberto Ávila refere que

a interpretação é um discurso composto de proposições descritivas, de enunciados reconstitutivos, de enunciados adscritivos e de formulações normativas que constituem o Direito a partir de elementos textuais e extratextuais e com base em argumentos, critérios e métodos.<sup>1139</sup>

É notável, pois, a importância do papel da doutrina, não apenas na descrição de significados, mas na decisão, criação e reconstrução.

<sup>1135</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 198.

<sup>1136</sup> ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 203-204.

<sup>1137</sup> ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 32, São Paulo, 2014, p. 166.

<sup>1138</sup> ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 32, São Paulo, 2014, p. 172.

<sup>1139</sup> ÁVILA, Humberto. Ciência do direito tributário e discussão crítica. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 32, São Paulo, 2014, p. 189.

E tal papel é ainda mais relevante, em termos de Direito Processual Eleitoral, na atual quadra histórica em que se vive, na qual o material normativo se limita a meras leis esparsas, inexistindo um código apto a sistematizar a matéria, cabendo aos juristas a tarefa de sistematização. Assim, o Direito dos juristas renasce com a dispersão fragmentária das leis.<sup>1140</sup>

A doutrina possui a responsabilidade, diante da ausência de sistematização própria da codificação, de organizar e reagrupar as leis esparsas, com critério de estabilidade e unidade.<sup>1141</sup>

Para o desempenho desse papel, de criação, decisão e reconstrução da matéria, o doutrinador pode lançar mão de ferramentas conceituais e constitucionais.

## **SEÇÃO II. Ferramentas conceituais: a Teoria Geral do Processo**

No Título II da Parte I, apresentou-se uma evolução histórica do Direito Processual e se defendeu a existência de uma Teoria Geral do Processo, que seria apta a orientar todos os ramos de Direito Processual.

Em sua origem, a Teoria Geral do Processo limitava-se à dicotomia entre o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal.

Para Heitor Sica, no entanto, a Teoria Geral do Processo, no que tange à dicotomia Processo Civil e Processo Penal, já teria cumprido o seu papel, não havendo mais o que somar em termos principiológicos, tendo em vista a previsão da Constituição de 1988.<sup>1142</sup>

Ocorre que, para o autor, a Teoria Geral do Processo não se limita à divisão entre Processo Civil e Processo Penal, impondo-se seu estudo aos demais ramos de Direito Processual jurisdicional, como o Eleitoral e o Trabalhista. E, mais,

---

<sup>1140</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 51.

<sup>1141</sup> IRTI, Natalino. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005, p. 52.

<sup>1142</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “Teoria Geral do Processo”. In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 65.

sequer há limitação ao processo jurisdicional, sendo aplicável a outros ramos de processo estatal, não jurisdicional.<sup>1143</sup>

Então, não haveria, por exemplo, maiores dificuldades acerca da aplicação da Teoria Geral do Processo ao Processo Administrativo, mormente em sua vertente principiológica, visto que a Constituição de 1988, expressamente, positivou garantias e princípios aplicáveis ao Processo Administrativo.<sup>1144</sup>

Conforme destaca Heitor Sica,

a transposição, com as devidas adaptações, dos institutos fundamentais do processo jurisdicional para o administrativo poderá representar enorme avanço para esse último. Essa transposição é conduzida justamente pela *teoria geral do processo*. Tem-se, aqui, sim, uma fonte inesgotável de investigações dentro da órbita da *teoria geral do processo*, que podem redundar em sensível aprimoramento do processo administrativo e, por conseguinte, no incremento da participação do cidadão, diretriz sempre prestigiada em um Estado Democrático de Direito.<sup>1145</sup>

E, se a Teoria Geral do Processo representaria *enorme avanço* para o Processo Administrativo, que, bem ou mal, possui um estudo doutrinário, relativamente, evoluído, que dirá para o Direito Processual Eleitoral, ainda mais embrionário e menos desenvolvido.

Por conseguinte, a Teoria Geral do Processo tem importância na iluminação de outros ramos do Direito Processual. Para tanto, faz-se necessário

expandir os limites sobre os quais a *teoria geral do processo* vem sendo normalmente desenvolvida, de modo a estabelecer que o núcleo principal do objeto de seu interesse é o *processo*, concebido como um *método de trabalho* limitado por *formas* previamente estabelecidas e com *participação dos interessados* (contraditório), pelo qual há *exercício motivado de poder*, visando um resultado baseado na *aplicação do direito*.<sup>1146</sup>

É, nesse contexto, que se percebe a importância da Teoria Geral do Processo para o Direito Eleitoral, a fim de que se desenvolva o Direito Processual

<sup>1143</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “Teoria Geral do Processo”. In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 65-66.

<sup>1144</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “Teoria Geral do Processo”. In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 69.

<sup>1145</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “Teoria Geral do Processo”. In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 72.

<sup>1146</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “Teoria Geral do Processo”. In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 75.

Eleitoral, a partir dos institutos fundamentais da TGP: jurisdição, ação, defesa e processo.<sup>1147</sup>

## § 1º. Jurisdição

Sendo a confiabilidade dos resultados eleitorais da essência da democracia representativa, percebe-se a relevância do controle das eleições. No Brasil, tal controle é conferido à Justiça Eleitoral e tem, em sua vertente contenciosa, atividade de destacado relevo, contribuindo para o fortalecimento da democracia.<sup>1148</sup>

O sistema jurisdicional de controle das eleições é confiado à Justiça Eleitoral, um órgão especializado,<sup>1149</sup> cujos integrantes e tribunais decidem, de forma imparcial e imperativa, as controvérsias eleitorais a ela submetidas, tendo, como único comprometimento, a democracia e os valores públicos que envolvem o pleito.<sup>1150</sup>

Ressalte-se que é imprescindível que se garanta a "lisura do processo de formação da vontade do eleitor", evitando que haja máculas decorrentes de influências externas e indevidas, como o abuso de poder - seja ele econômico, político, de autoridade, ou em decorrência dos meios de comunicação social -, a captação ilícita de sufrágio e qualquer forma de injusto e indevido desequilíbrio de oportunidade entre os contendores.<sup>1151</sup>

Para Marchetti, a disputa eleitoral é regida por normas e instituições, em que se destacam o *rule making* - que versa sobre a escolha e definição das regras da contenda -, o *rule application* - que trata da administração e

<sup>1147</sup> Consoante CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 269, é pelo exercício da ação que se provoca a jurisdição. E a jurisdição se exerce pelo processo.

<sup>1148</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições**: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 18-28.

<sup>1149</sup> Conforme asseveram CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 165, a jurisdição eleitoral é uma jurisdição especial.

<sup>1150</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições**: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 20-35.

<sup>1151</sup> OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições**: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 19.

gerenciamento das eleições -, e o *rule adjudication* - que cuida do contencioso, buscando dirimir os conflitos de interesse ocorridos durante o *jogo eleitoral*.<sup>1152</sup>

Conforme Yarshell, a jurisdição é a atividade pela qual o *Estado*, de forma imparcial, substitui os sujeitos de uma controvérsia, atuando de forma imperativa e com o propósito de eliminar a contenda mediante a atuação do direito objetivo.<sup>1153</sup>

Para Cintra, Dinamarco e Grinover, a jurisdição busca "a realização prática daquelas normas em casos concretos de conflito".<sup>1154</sup> Assim, de forma imparcial e substitutiva das partes, busca-se a pacificação do conflito de interesses, mediante a atuação do direito objetivo, que rege o caso concreto. A jurisdição é um *poder* - em que o estado decide imperativamente e impõe decisões -, é uma *função* - encargo que atribui aos órgãos jurisdicionais a incumbência de pacificar, de forma justa, os conflitos a eles submetidos -, e é uma *atividade* - como complexo de atos do juiz no exercício do poder e no cumprimento de suas funções.<sup>1155</sup>

É comum fazer referência a três escopos da jurisdição: escopo *jurídico*, de atuação do direito objetivo, *social*, de pacificação pela eliminação da controvérsia, e que desempenha, também, a função educativa e orientadora, e *político*, pela afirmação do poder estatal.<sup>1156</sup>

Nesse contexto, a jurisdição eleitoral cumpre com seu escopo de pacificação social, servindo, pedagogicamente, para a educação e orientação das condutas, com seu escopo jurídico, tendo em vista a atuação do direito objetivo em matéria eleitoral e com seu escopo político, ao afirmar o poder estatal exercido pela Justiça Eleitoral.

Como princípios da jurisdição, salientam-se os princípios da investidura, da aderência ao território, da indelegabilidade, da inafastabilidade, da inércia e do juiz natural<sup>1157</sup>

---

<sup>1152</sup> MARCHETTI, Vitor. Governança eleitoral: o modelo brasileiro de justiça eleitoral. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, v. 51, Rio de Janeiro, 2008, p. 867.

<sup>1153</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 146.

<sup>1154</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 57.

<sup>1155</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 149.

<sup>1156</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 158-161

<sup>1157</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 163-168. Nesse sentido, também, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada



No que tange à jurisdição eleitoral, convém fazer alguns destaques. Em relação ao princípio da investidura, reitera-se o que foi dito na Seção I do Capítulo II da Parte II do presente trabalho, que versou sobre o mandato dos juízes eleitorais, tendo sido, também, abordada a composição da Justiça Eleitoral..

Percebe-se que não há uma magistratura eleitoral de carreira, utilizando-se, basicamente, nas Zonas Eleitorais, da magistratura da Justiça Comum estadual. A composição dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior Eleitoral dá-se em conformidade com a previsão constitucional, sendo os julgadores investidos da autoridade estatal de magistrados eleitorais.

Da mesma forma, a aderência ao território se dá em razão das distintas circunscrições eleitorais. Em âmbito municipal, a jurisdição eleitoral é exercida por magistrados da Justiça Comum estadual, que são investidos da magistratura eleitoral nas respectivas Zonas Eleitorais.<sup>1158</sup> Nos estados-membros, a jurisdição é prestada pelos Tribunais Regionais Eleitorais, que, em que pese a denominação *regional*, estão presentes em todos os estados da federação e no Distrito Federal. Por fim, em âmbito nacional, a jurisdição é de competência do Tribunal Superior Eleitoral.

A indelegabilidade da jurisdição em geral se faz, igualmente, presente na jurisdição eleitoral, tendo em vista que tal atribuição não pode ser delegada.

Da mesma forma, a inafastabilidade - que será melhor analisada no direito de ação - é um direito constitucional disposto no art. 5º, XXXV, e que estabelece que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Tal ocorre na Justiça Eleitoral, não se lhe afastando o direito de apreciação de lesão ou ameaça a direito no âmbito de sua competência.

Acerca do princípio da inércia, Velloso e Agra entendem tratar-se de "uma especificidade do processo eleitoral", em que, "muitas vezes o princípio da inércia da jurisdição não é aplicado". De acordo com os autores, os juízes eleitorais "dispõem de maior discricionariedade, sem que o princípio da inércia processual se mostre determinante", especialmente no que tange ao "impulso no

---

Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 155-158.

<sup>1158</sup> Reitere-se que, conforme OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90, a divisão territorial da Justiça Eleitoral é própria, não se confundindo com a divisão geopolítica ou com a organização judiciária dos Estados. Sob esse aspecto, em eleições municipais, o primeiro grau de jurisdição não se dá pela divisão em municípios ou comarcas, mas, sim, por zonas eleitorais, que são criadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, levando-se em consideração indicação do respectivo Tribunal Regional.

desenvolvimento do rito processual, que pode levar o magistrado a exercer atuação mais incisiva para garantir a concretização da verdade real ou obstacular a prática de infração". Não haveria, para os autores, quebra de imparcialidade, mas, sim, primazia do interesse público, destacando o exercício do poder de polícia.<sup>1159</sup>

No contexto da opinião de Velloso e Agra, poder-se-ia referir, também, a atividade administrativa atinente à análise dos pedidos de registro de candidatura, em que o magistrado eleitoral poderá - e deverá - indeferir o registro, nas hipóteses de ausência de alguma condição de elegibilidade ou de requisito de registrabilidade, ou na hipótese da presença de alguma causa de inelegibilidade, mesmo que nenhum cidadão tenha noticiado a inelegibilidade, ou algum legitimado ativo tenha apresentado impugnação ao pedido de registro de candidatura.

Todavia, as particularidades apresentadas dizem respeito mais a atividades de natureza administrativa realizadas pela Justiça Eleitoral.

De outra banda, dado o relevante interesse público que circunda as ações eleitorais, mormente em razão da tutela da lisura e da higidez das eleições, o que é da essência da própria democracia representativa, não se admite a desistência, após a propositura, de algumas das ações, em especial da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, tendo em vista sua previsão constitucional.<sup>1160</sup>

Assim, as peculiares características do Direito Eleitoral, que, como já referido, lida com a essência da Democracia, permeado pelo interesse público, fazem com que a jurisdição eleitoral se aproxime da jurisdição penal, com seu princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade,<sup>1161</sup> como se percebe na AIME.

---

<sup>1159</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva, AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 351-353. Convém salientar, no entanto, que o exercício do poder de polícia é uma atividade essencialmente administrativa, em que pese CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 159, referirem ser inerente à jurisdição. Como se não bastasse, o impulso processual é princípio do Direito Processual em geral, não afetando o princípio da inércia.

<sup>1160</sup> Nesse sentido, a título de exemplo, pregando a impossibilidade de desistência em razão do interesse público e da indisponibilidade, VELLOSO, Carlos Mário da Silva, AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 393, PELEJA JÚNIOR, Antônio Velloso, BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. **Direito eleitoral: aspectos processuais - ações e recursos**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 298, e GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 617-68. Gomes, inclusive, à p. 520, estende esse entendimento para a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), em razão do interesse público. Salienta, no entanto, não ser razoável impor à parte o prosseguimento da ação, devendo o Ministério Público Eleitoral "assumir o polo ativo da relação processual", podendo-se, para tanto, "invocar por analogia o disposto no art. 9º da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular)".

<sup>1161</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 153.

Contudo, cumpre asseverar que o processo não se instaura de ofício, mas, sim, mediante a propositura por algum legitimado ativo, que poderá ser o Ministério Público Eleitoral. Depois de proposta a ação, envolvendo a ação o interesse público na higidez e lisura do pleito, o MPE poderá dar prosseguimento ao feito, mesmo diante da desistência do autor.

Por fim, em relação ao princípio do juiz natural, deve-se ressaltar que o contencioso eleitoral é submetido a um terceiro imparcial, investido da magistratura eleitoral por mandato, anteriormente ao litígio, devendo decidir o conflito de interesses a ele submetido de forma imparcial.<sup>1162</sup>

Por conseguinte, havendo conflito de interesses, cabe à Justiça Eleitoral realizar a ordem jurídica no caso concreto, por meio da função estatal de aplicar o direito ao caso concreto.<sup>1163</sup>

Para tanto, consoante entendimento de Marinoni, o juiz deve utilizar o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material, tutelando os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Trata-se de dever, no Estado Constitucional, de proteção e de tutela dos direitos, em razão do poder que tem o Estado.<sup>1164</sup>

## § 2º. Ação e defesa

Após a breve análise da jurisdição e, em especial, da jurisdição eleitoral, urge acentuar que a atividade jurisdicional é desencadeada pelo exercício

---

<sup>1162</sup> É, nesse contexto, que se reitera a proposta de que, não obstante o mandato dos Juízes Eleitorais, se evite a alteração da composição dos tribunais no curso das eleições, preservando-se o ideal principiológico do juiz natural.

<sup>1163</sup> PORTO, Sérgio Gilberto, PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo**: civil e constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29-30. Para os autores, o exercício da jurisdição se reveste do poder-dever de realizar o direito no caso concreto.

<sup>1164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 139-142. Segundo o autor, à p. 143, não seria possível negar a técnica processual adequada, mesmo diante da hipótese de ausência de "autorização legal", tendo em vista o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Tal magistério é de suma importância para o Direito Eleitoral, tendo em vista a carência de normas em matéria processual. Assim, muitas vezes, sequer há previsão de ritos procedimentais, razão pela qual os magistrados devem levar em consideração o Direito Material em jogo e os princípios que orientam a temática, a fim de que não se privem os jurisdicionados da técnica processual adequada ao caso concreto e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

do direito de ação, que possui assento constitucional, consoante previsão do art. 5º, XXXV, devendo ser entendido como garantidor da tutela jurisdicional.<sup>1165</sup>

Trata-se da ação como “poder ou direito de invocar a tutela jurisdicional”, tendo, como destinatário, o Estado, sendo exercida contra o Estado e *em face* do adversário.<sup>1166</sup>

Imperioso ressaltar que o direito de ação como “direito de acesso à justiça” é consectário lógico e natural da vedação da autotutela e da assunção, pelo Estado, do monopólio da atividade jurisdicional, impondo-se o efetivo acesso ao Poder Judiciário, não se podendo obstar o exercício de ação.<sup>1167</sup>

É, nesse contexto, que se tem o direito de ação como o direito à tutela adequada e tempestiva, passando a ser “teorizada como meio para prestação da tutela jurisdicional adequada e efetiva”.<sup>1168</sup>

Conforme Marinoni e Mitidiero, em seu âmbito de proteção, o direito de ação “deve ser analisado no mínimo sob *três perspectivas*: (i) do *acesso à justiça*; (ii) da *adequação* da tutela; e (iii) da *efetividade* da tutela”.<sup>1169</sup>

Em relação à efetividade da tutela, Marinoni refere que

<sup>1165</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 223-227. Não se pretende, aqui, analisar toda a controvérsia histórica acerca da natureza e teorias da ação, limitando-se a um breve estudo do tema, sobretudo na perspectiva do Direito Eleitoral.

<sup>1166</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 225. Para PORTO, Sérgio Gilberto, PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo**: civil e constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 40, ação “é um direito preexistente a ser exercido contra o Estado, devedor da prestação jurisdicional, ainda que seja uma pretensão declaratória negativa”. Conforme CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 275, trata-se da ação como “situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ele um direito (direito público subjetivo) ou um poder”. Dirige-se contra o Estado, tem natureza pública e tem, por conteúdo, o exercício da jurisdição.

<sup>1167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 189. Conforme CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 269, sendo vedada a autotutela, o Estado assume o compromisso com o exercício da função jurisdicional. Sendo esta inerte, cabe ao “titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional, a fim de que esta atue diante de um caso concreto”. Ao provocar a atividade jurisdicional, estar-se-á exercendo um direito (ou um poder) que é a ação. Destacam SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 628, que, em razão da proibição de autotutela, não haveria como o Estado Constitucional deixar de cumprir com o dever de prestar tutela jurisdicional idônea dos direitos.

<sup>1168</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 628.

<sup>1169</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 628.

a ação, diante dos seus desdobramentos concretos, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.<sup>1170</sup>

Trata-se do direito à tutela jurisdicional como direito à "proteção jurídica efetiva", em que a efetividade tem relação com o resultado do processo, devendo-se olhar para o direito material.<sup>1171</sup>

Já, em relação à adequação da tutela, Marinoni assevera que, "entre as *tutelas dos direitos* e as *técnicas processuais* deve haver uma relação de adequação".<sup>1172</sup>

Nesse sentido, Marinoni e Mitidiero ressaltam que "o processo tem de ser *capaz de promover* a realização do direito material. O *meio* tem de ser idôneo à promoção do *fim*".<sup>1173</sup>

Percebe-se, pois, a compreensão do direito de ação como o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que deve se dar mediante um processo justo.<sup>1174</sup>

Para que seja cumprido esse desiderato, não se pode admitir violação do acesso à justiça, especialmente em razão de óbices que não sejam razoáveis, como o custo e o tempo dos processos.

Em relação aos custos, costuma-se apresentar, como obstáculos, as custas judiciais e a contratação de advogado, que não poderiam servir como óbice para o direito de ação.<sup>1175</sup>

Em relação ao direito de ação em matéria eleitoral, primeiramente, impõe-se salientar que, na Justiça Eleitoral, não há custas judiciais para a propositura de qualquer demanda. Assim, sendo a gratuidade de justiça uma característica dos feitos eleitorais, não há que se falar no óbice das custas judiciais

<sup>1170</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 225.

<sup>1171</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 628-637. Conforme os autores, "a efetividade compõe o princípio da segurança jurídica - um ordenamento jurídico só é seguro se há confiança na realização do direito que se conhece".

<sup>1172</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 250.

<sup>1173</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 630.

<sup>1174</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 628.

<sup>1175</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 189-190.

para o exercício do direito de ação. Também, não há condenação em honorários sucumbenciais, o que, igualmente, contribui para o amplo direito de ação.<sup>1176</sup>

No que tange ao registro de candidaturas, existe a possibilidade de o cidadão apresentar uma *notícia de inelegibilidade*, que será analisada pelo julgador, sem qualquer necessidade de contratação de advogado ou propositura de ação.

Além do mais, qualquer cidadão pode, em relação a outras ações, apresentar representação para o Ministério Público Eleitoral, que possui legitimidade ativa para a propositura de demandas eleitorais.

Por fim, em relação à Ação de Impugnação de Registro de Candidatura, há precedentes do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que a parte possui capacidade postulatória, não precisando a peça ser subscrita por advogado, salvo na fase recursal.<sup>1177</sup>

No que tange ao tempo como óbice ao acesso à justiça e ao direito de ação, percebe-se que a morosidade processual também traz prejuízo à efetividade dos direitos fundamentais, havendo a necessidade de que a tutela seja tempestiva, mormente em se tratando de matéria eleitoral, em que a exiguidade dos prazos e a curta duração do *processo eleitoral* e dos próprios mandatos demandam tutelas tempestivas.<sup>1178</sup>

---

<sup>1176</sup> Não se pode desconsiderar, no entanto, que a ausência de custas e de honorários sucumbenciais se presta, eventualmente, para a proliferação de demandas temerárias. Em relação à Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, a Constituição prevê, em seu art. 14, § 11, que o autor responderá, “na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé”. Ainda mais longe, vai a LC n. 64/90 que, em seu art. 25, dispõe constituir “crime eleitoral a arguição de inelegibilidade, ou a impugnação de registro de candidato feito por interferência do poder econômico, desvio ou abuso do poder de autoridade, deduzida de forma temerária ou de manifesta má-fé”.

<sup>1177</sup> TSE - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral n. 33378/BA - Rel. Min. Marcelo Ribeiro - j. 04/12/2008. Tal entendimento decorre do fato de ser desnecessária, inclusive, a impugnação do registro de candidatura para o seu indeferimento. Em razão da isonomia de tratamento, ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 478-479, entende que essa exceção, então, deveria ser estendida ao impugnado quando da apresentação de sua peça defensiva, que não precisaria ser firmada por advogado. De qualquer sorte, há inegável resistência da doutrina, a começar pelo próprio Rodrigo Zílio que, à p. 479, demonstra a insubsistência do entendimento que atribui à parte a capacidade postulatória, tendo em vista a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, conforme disposição do art. 133 da Constituição, e a previsão do art. 1º, I, da Lei n. 8.906/94, que estabelece ser atividade privativa de advogado a postulação a órgão do Poder Judiciário, dispositivo esse entendido constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1127, em que pese a supressão do vocábulo *qualquer* que precedia à expressão “órgão do Poder Judiciário”. Quanto à supressão ocorrida, ponderou-se existirem casos que admitem a capacidade postulatória da parte, como o *habeas corpus*, a revisão criminal e a Justiça do Trabalho, não se fazendo qualquer restrição ao caráter privativo da atividade do advogado em AIRC.

<sup>1178</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 192.

É, sob tal aspecto, que, inclusive, há previsão expressa sobre a duração razoável dos processos, conforme disposto no art. 97-A da Lei n. 9.504/97. Em verdade, a tramitação dos feitos eleitorais é célere, com prazos exíguos e prioridade de tramitação, o que não poderia ser diferente, sob pena da possibilidade de perda do objeto pelo prolongamento indevido dos processos.

Assim, o direito de ação deve ser visto, no Direito Eleitoral, como um conceito apto a orientar a prestação jurisdicional, a fim de que, no caso concreto, se assegure o direito constitucional à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

E, como contraposição ao direito de ação, surge o direito de defesa.<sup>1179</sup> Dessa forma, em razão da "*paridade de armas no processo*", não se pode olvidar que o direito fundamental à defesa "deve ser simetricamente construído a partir do *direito de ação*".<sup>1180</sup>

Sob essa ótica, Cintra, Dinamarco e Grinover asseveram que, "partindo-se de uma concepção dialética do processo, o tema da exceção é rigorosamente paralelo ao da ação".<sup>1181</sup>

Por tal razão, "o réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais", tem um "direito de pedir que a tutela jurisdicional requerida pelo autor seja denegada por não se conformar com o direito objetivo".<sup>1182</sup>

Cumprе salientar que o direito de defesa não se exaure na simples apresentação da peça defensiva, tratando-se da efetiva possibilidade de reagir em juízo, de forma paralela e dialética em relação ao direito de ação, a fim de que se negue a tutela jurídica pleiteada pelo autor e não seja a esfera jurídica do demandado invadida de maneira indevida.<sup>1183</sup>

Por conseguinte, o "direito de defesa também consiste no direito de influir sobre o convencimento do juiz".<sup>1184</sup>

<sup>1179</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 311.

<sup>1180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 651.

<sup>1181</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 294.

<sup>1182</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 293-294.

<sup>1183</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 313.

<sup>1184</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 312.

E é, dessa forma, que deve ser analisado e *construído* o direito fundamental à defesa em matéria eleitoral, permitindo-se ao demandado, mesmo que com prazos exíguos, contrapor o direito de ação do autor, com paridade de armas e com a possibilidade de influenciar o convencimento do julgador sem restrições indevidas.

Os direitos fundamentais de ação e de defesa são, pois, dois lados da moeda, que devem ser respeitados no curso do processo, como ambiente democrático e dialético que é.

### § 3º. Processo

Quando do estudo da TGP, defendeu-se o instituto do processo como seu polo metodológico, evidenciando o caráter dialético e democrático, que permite a potencialização da participação e estabelece um "justo equilíbrio entre as posições jurídicas do autor, do juiz e do réu".<sup>1185</sup>

Logo, tem-se o processo como ambiente de participação e democracia, com a colaboração dialética dos interessados, de forma equilibrada, servindo, como instrumento, para a concretização da justiça material, em conformidade com o caso concreto.

Nesse sentido, consoante Daniel Mitidiero, o processo é dominado por valores constitucionais, como justiça, participação leal, segurança e efetividade.<sup>1186</sup>

Yarshell refere as inúmeras menções à palavra processo, como método e instrumento de exercício do poder, como relação jurídica processual, como expressão das posições jurídicas de ação e defesa, como procedimento em contraditório. E salienta que "processo é tudo isso e, possivelmente, algo mais".

---

<sup>1185</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48-50.

<sup>1186</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**, 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.



Muitas foram as teorias acerca do processo ao longo do tempo, tendo o instituto sofrido a evolução temporal e do próprio Direito Processual.<sup>1187</sup>

Superou-se o entendimento segundo o qual o processo era mera sequência de atos, tendo em vista ser também "uma rede de vínculos entre os sujeitos que os praticam", vínculos esses que "compõem a *relação jurídica processual*", que "se estabelece desde a propositura da demanda, entre o autor e o Estado (relação linear); e, depois, entre o Estado e o réu (relação angular) - e, segundo alguns, entre autor, réu e Estado (com a figura de uma relação triangular)".<sup>1188</sup>

Conforme Yarshell, processo é, a um só tempo, procedimento e "relação jurídica processual - entendida como somatória de posições jurídicas entre o autor, o Estado e o réu (poderes, sujeições, ônus, faculdades e deveres)".<sup>1189</sup>

Assim, Yarshell refere que "processo é procedimento em contraditório porque a relação jurídica processual nada mais é do que a disciplina jurídica positiva daquele princípio".<sup>1190</sup>

Esse é o entendimento que prevalece desde Fazzalari, que atribui ao contraditório e à participação democrática a transição do procedimento para o processo.<sup>1191</sup>

Portanto, para Fazzalari, há processo quando se faz presente o contraditório no *iter* de formação de um provimento, com a participação dos interessados em pé de igualdade, de forma a influir no convencimento do julgador.<sup>1192</sup>

Para Peleja Júnior e Fabrício Batista, por meio do processo no Direito Eleitoral, "a parte autora, via demanda, busca tutelar o direito constitucional à legitimidade do pleito, de higidez das eleições e pureza na exteriorização dos

<sup>1187</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 293-294.

<sup>1188</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 295.

<sup>1189</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 295.

<sup>1190</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 295.

<sup>1191</sup> FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). **Enciclopedia del Diritto**, n. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 820.

<sup>1192</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1966, p. 1072.

votos, em prol do exercício escorreito do sufrágio e concretização da Democracia".<sup>1193</sup>

Percebe-se, pois, que o processo, como procedimento em contraditório e como ambiente de democracia e dialética, serve como instrumento para a concretização dos direitos fundamentais.

É, nesse universo, que se destacam os princípios constitucionais de natureza processual ou o chamado Direito Constitucional Processual. E, com base nessa ferramenta constitucional, a doutrina tem, ainda mais, a contribuir para a *construção* do Direito Processual Eleitoral.

## SEÇÃO II. Ferramentas constitucionais: os direitos fundamentais

Conforme Heitor Sica, a Teoria Geral do Processo caminhará por duas vertentes: “a delimitação de seus quatro institutos processuais fundamentais (jurisdição, processo, ação e defesa) e a definição de uma base comum de *princípios*”. Para o autor, contudo, a primeira vertente já teria perdido boa parte de sua importância.<sup>1194</sup>

Já, em relação à base principiológica comum, a relevância da Teoria Geral do Processo teria, segundo Sica, diminuído com o advento da Constituição de 1988, visto que esta positivou inúmeros princípios *sem distinção em relação aos “tipos de processos”*, tendo aplicação não só ao processo Penal, mas também ao Processo Civil e ao Processo Administrativo.<sup>1195</sup>

---

<sup>1193</sup> PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso, BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. **Direito eleitoral: aspectos processuais - ações e recursos**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 62.

<sup>1194</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “Teoria Geral do Processo”. In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 62. Teria perdido a sua importância, especialmente, em relação à dicotomia Processo Civil e Processo Penal. Contudo, seu desenvolvimento teórico e normativo pode, muito bem, ajudar, como ferramenta conceitual, a evolução do Direito Processual Eleitoral.

<sup>1195</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “Teoria Geral do Processo”. In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 63.

De qualquer sorte, haveria uma base principiológica comum aos distintos ramos do Direito Processual, com diferenças que não romperiam com a unidade científica.<sup>1196</sup>

E é, nesse sentido, que a doutrina, utilizando-se de todo um arcabouço teórico e conceitual dos direitos fundamentais de natureza processual, pode - e muito - contribuir para a *construção* do Direito Processual Eleitoral. É o que se passa a analisar.

### § 1º. Direitos fundamentais

Conforme Ingo Sarlet, "o termo 'direitos fundamentais' se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado".<sup>1197</sup>

Há uma dupla fundamentalidade dos direitos fundamentais: fundamentalidade em sentido formal e em sentido material. Em relação à formal,<sup>1198</sup> ela está "ligada ao direito constitucional positivo", situando-se no ápice do ordenamento jurídico, com supremacia hierárquica, tendo aplicabilidade direta e vinculação imediata, especialmente, em relação às entidades públicas. Já, no que tange à fundamentalidade material, leva-se em consideração o conteúdo dos direitos e o seu aspecto fundamental "sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana".<sup>1199</sup>

---

<sup>1196</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da "Teoria Geral do Processo". In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 64.

<sup>1197</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 249.

<sup>1198</sup> Consoante SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 248, são direitos fundamentais, em uma perspectiva formal, porque, em sua maioria, estão positivados na Constituição brasileira, no título atinente aos Direitos e Garantias Fundamentais. Claro que a Constituição prevê outros direitos fundamentais esparsos em seu texto, como o da fundamentação das decisões, previsto no art. 93, IX, bem como outros que sequer estão, formalmente, encartados na Constituição, especialmente diante da abertura material do catálogo de direitos fundamentais estabelecida no § 2º do art. 5º.

<sup>1199</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 266-268. Ingo Sarlet, à p. 269, conceitua os direitos fundamentais "como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito

Acentua Ingo Sarlet, também, que os direitos fundamentais têm uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em sua dimensão subjetiva, abre-se ao seu titular "a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)".<sup>1200</sup> Em sua dimensão objetiva, pode-se falar na (a) "eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais", tendo em vista que fornecem "impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme aos direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico", no (b) reconhecimento de deveres de proteção aos direitos fundamentais impostos ao Estado, em que os órgãos estatais devem "assegurar níveis eficientes de proteção para os diversos bens fundamentais" e zelar por eles, e na (c) "função organizatória e procedimental".<sup>1201</sup>

Aliás, é, em razão especialmente dessa dimensão objetiva, de aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, em conformidade com os direitos fundamentais, de imposição ao poder público de deveres de proteção dos direitos fundamentais e de função organizatória e procedimental, que se percebe, ainda mais, a grandeza dessa ferramenta constitucional para a *construção* do Direito Processual Eleitoral pela doutrina.<sup>1202</sup>

Especificamente, no que tange à *função organizatória e procedimental*, evidencia-se que, "a partir do conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais", bem como se destaca que é necessária a "formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da

---

constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente integradas à Constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na Constituição formal".

<sup>1200</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 292-294. Para Sarlet, p. 294, dada a "complexidade dos direitos fundamentais na sua perspectiva jurídico-subjetiva", tem-se que "se cuida de um feixe de posições estruturalmente diferenciadas", tanto em sua "forma de positivação, seu conteúdo e alcance", quanto em relação "às diferentes funções que desempenham no âmbito do conjunto dos direitos fundamentais".

<sup>1201</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 292-297.

<sup>1202</sup> Destarte, para CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379, "a ideia de **fundamentalidade material** insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade" (grifo no original).

proteção aos direitos fundamentais, evitando-se os riscos de uma redução do seu significado e conteúdo material".<sup>1203</sup>

Como bem demonstra Ingo Sarlet, os direitos fundamentais possuem íntima vinculação com a organização e os procedimentos, visto que "são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento (no mínimo, sofrem uma influência da parte desses), mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais".<sup>1204</sup>

Por conseguinte, os direitos fundamentais atuam em relação aos procedimentos e às estruturas organizacionais, a fim de que sejam, efetivamente, protegidos, impondo deveres de proteção ao Estado, que podem se revestir na forma dos procedimentos judiciais.<sup>1205</sup>

E é, dessa forma, que os direitos fundamentais de natureza processual, que irradiam sua eficácia e têm aplicabilidade direta e vinculação imediata, e que têm, como destinatários, tanto o Poder Legislativo, quanto o Executivo e o Judiciário, podem, e devem, ser estudados para fins de *construção* do Direito Processual Eleitoral.<sup>1206</sup>

**§ 2º.** Direito fundamental ao processo justo, à tutela adequada e efetiva, à ampla defesa e à segurança jurídica

Ao longo do trabalho, foram analisados os direitos fundamentais ao *processo justo*, como o aspecto processual do devido processo legal, e que contemplaria e harmonizaria, no caso concreto, todos os demais direitos fundamentais de natureza processual, à *tutela jurisdicional adequada e efetiva*

---

<sup>1203</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 297-298.

<sup>1204</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 298.

<sup>1205</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 298.

<sup>1206</sup> É sabido que não há consenso acerca do *rol* de direitos fundamentais de natureza processual, razão pela qual serão abordados, em corte discricionário, aqueles que parecem mais relevantes para o Direito Processual Eleitoral. Deixa de ser analisado, especialmente, em razão da polêmica acerca de sua previsão constitucional implícita, ou não, o duplo grau de jurisdição. Além do mais, não se tratando de um trabalho, propriamente, sobre direitos fundamentais, a abordagem será mais sintética e focada no âmbito de atuação, nos seus destinatários e nas possíveis implicações de conteúdo eleitoral.

(direito de ação ou inafastabilidade da jurisdição), à *ampla defesa*, como direito contraposto e correlato ao direito de ação, e à *segurança jurídica*, especialmente, em seus ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Nesse sentido, para não se tornar repetitivo e tautológico, as considerações lá lançadas são suficientes para a análise do tema.

### § 3º. Direito fundamental à colaboração

O problema central do processo está na equilibrada “divisão do trabalho” entre os seus participantes. Conforme ressaltam Marinoni e Mitidiero, o modelo do processo justo no Estado Constitucional é o *modelo cooperativo*, marcado pela *colaboração* do juiz para com as partes, formando-se uma verdadeira comunidade de trabalho, em que o órgão jurisdicional colabora com as partes e estas com aquele.<sup>1207</sup>

Nesse contexto de processo cooperativo, pautado pela colaboração, busca-se contemplar uma nova dimensão ao papel do juiz, que deve ser isonômico na condução do processo e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Trata-se de um duplo papel do julgador: paritário no diálogo e assimétrico na decisão.<sup>1208</sup>

Assim, percebe-se que o direito fundamental à colaboração é um princípio jurídico que persegue a organização de um processo justo e idôneo para a busca de uma decisão justa, organizando a participação do juiz e das partes, no processo, de forma equilibrada, devendo o julgador colaborar com as partes, cumprindo seus deveres de *esclarecimento*, *diálogo*, *prevenção* e *auxílio* para com os litigantes.<sup>1209</sup>

Para Daniel Mitidiero,

---

<sup>1207</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 623.

<sup>1208</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 81

<sup>1209</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 626- 627.

nessa quadra, coloca-se o órgão jurisdicional como um dos participantes do processo, igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento. O juiz converte-se em um dos seus sujeitos. Por força do contraditório, vê-se obrigado ao debate, ao diálogo judiciário. Vê-se na contingência, pois, de dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, estando gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes.<sup>1210</sup>

O direito fundamental à colaboração revela-se, ainda mais candente, no âmbito do Direito Processual Eleitoral, tendo em vista a insegurança jurídica, decorrente do caráter fragmentário e não sistematizado da legislação, em que se dificulta a cognoscibilidade do Direito. Por conseguinte, faz-se, mais necessário, o cumprimento, pelo julgador, dos deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio.

Daniel Mitidiero bem desenvolve a ideia de processo cooperativo, em que o juiz exerce um duplo papel, devendo ser isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Nesse aspecto, afirma que

essas características imprimidas pela sociedade no Estado através da Constituição evidentemente acabam repercutindo na posição ocupada pelo juiz no processo. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo.<sup>1211</sup>

Percebe-se o papel isonômico do julgador, mesmo conduzindo, processual e materialmente, o processo, tendo em vista o dever de diálogo, com a

---

<sup>1210</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 84. Conforme o autor, à p. 85, "por dever de esclarecimento deve-se entender 'o dever de o tribunal esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo'. Por dever de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de êxito de seus pedidos 'ser frustrado pelo uso inadequado do processo'. Por dever de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser imprimido à causa. Por dever de auxílio, 'o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de seus direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais'".

<sup>1211</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

participação das partes e com a possibilidade de elas influenciarem as decisões do julgador, tornando o processo um verdadeiro *actum trium personarum*.<sup>1212</sup>

Logo, dever-se-á observar o contraditório em toda a condução processual, respeitando-se o caráter dialético, com a condução do processo sendo pautada pelo diálogo, que envolve, inclusive, o próprio julgador.<sup>1213</sup>

O princípio da colaboração possui pressupostos *sociais*, em que o Estado tem um dever prestacional; *lógicos*, em que há um dever argumentativo e uma lógica dialética; e *éticos*, em que o processo é orientado na busca, "tanto quanto possível, da verdade", devendo os participantes observar a colaboração e a boa-fé objetiva.<sup>1214</sup>

Trata-se de direito fundamental da mais alta relevância na atual quadra do Direito Processual, razão pela qual, inclusive, vem positivado no novo Código de Processo Civil.<sup>1215</sup>

#### § 4º. Direito fundamental à igualdade

A Constituição, em seu art. 5º, *caput*, e inciso I, estabelece a igualdade perante a lei, que deve ser aplicada aos litigantes em processo judicial.<sup>1216</sup>

O direito à igualdade é, também, conhecido como direito à isonomia ou *à paridade de armas*.<sup>1217</sup> Tem-se o direito à igualdade processual como direito à paridade de armas, tendo em vista que "o processo só pode ser considerado

<sup>1212</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 82.

<sup>1213</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 84.

<sup>1214</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 624-625.

<sup>1215</sup> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>1216</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 112.

<sup>1217</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 639.



justo se as partes dispõem das *mesmas oportunidades* e dos *mesmos meios* para dele participar [...] se dispõem das mesmas armas".<sup>1218</sup>

Trata-se de direito à igualdade material, e, não, à igualdade, meramente, formal, conforme se percebe do pensamento de Aristóteles, muito bem desenvolvido por Rui Barbosa, de que se deve tratar "desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam".<sup>1219</sup>

Aliás, por meio do princípio do contraditório, é realizada a garantia de tratamento igualitário entre as partes,<sup>1220</sup> buscando-se eliminar as desigualdades de fato ou jurídicas, porventura, existentes, permitindo aos contendores a chamada "paridade de armas".<sup>1221</sup>

Assim, por igualdade não se quer dizer que os poderes das partes devam estar em absoluta identidade, mas que se evitem injustificáveis diferenças de tratamento entre elas.<sup>1222</sup>

É, nesse contexto de igualdade material, que seria constitucional dispositivo que trouxesse tratamento distinto, mas que desigualasse, corretamente, desiguais. Para tanto, "deve buscar-se na norma ou no texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional".<sup>1223</sup>

A bem da verdade, "a igualdade na legislação pressupõe a *inexistência de distinções arbitrárias* no seu conteúdo. A distinção tem de ser feita de forma *racional* pelo legislador".<sup>1224</sup>

<sup>1218</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 641.

<sup>1219</sup> Assim, percebe-se a essência da igualdade material, que destoa da simples igualdade formal. Dessa forma, nos dizeres de BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1960, p. 685, "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real".

<sup>1220</sup> COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. **Rivista di Diritto Processuale**, anno XXX, n. 4, 1975, p. 584.

<sup>1221</sup> PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIII, n. 3, luglio-settembre, 1998, p. 679.

<sup>1222</sup> PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIII, n. 3, luglio-settembre, 1998, p. 678.

<sup>1223</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 112.

<sup>1224</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 640.

Para Marinoni e Mitidiero, "o problema da igualdade na legislação, portanto, está na utilização de *critérios legítimos* para a distinção entre *pessoas e situações no processo*".<sup>1225</sup>

Admite-se, pois, o tratamento distinto quando racional, legítimo e, constitucionalmente, justificado, não se admitindo, no entanto, a existência de critérios arbitrários de distinção.

É, nesse sentido, que Canotilho assevera que

existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (*proibição do arbítrio*) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária".<sup>1226</sup>

Para Nery Junior, por exemplo, é justificável o benefício de prazo em dobro em razão de litisconsórcio com diferentes procuradores, amoldando-se ao princípio constitucional da isonomia, tendo em vista a maior dificuldade para a prática dos atos no processo como, por exemplo, o acesso aos autos.<sup>1227</sup>

Em se tratando de Direito Processual Eleitoral, contudo, não há qualquer previsão de benefício de prazo, não havendo tratamento distinto para o Ministério Público Eleitoral, nem, tampouco, prazo em dobro na hipótese de litisconsórcio com diferentes procuradores.

A ausência de qualquer benefício de prazo pode trazer dificuldades no âmbito do Direito Processual Eleitoral, apesar de cumprir com o ideal de celeridade que se impõe à matéria. Ocorre que, com prazos exíguos, muitas vezes, contados em horas, é possível que se tragam prejuízos para a atuação das partes no processo.<sup>1228</sup>

<sup>1225</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 640.

<sup>1226</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 428. Segundo Canotilho, "existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável".

<sup>1227</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 124.

<sup>1228</sup> O Código Eleitoral, em seu art. 272, estabelece o prazo *improrrogável* de 10 minutos para a realização de sustentação oral para cada uma das partes, referindo-se aos diferentes polos. Não há, contudo, qualquer previsão, excepcional, na hipótese de um mesmo polo ser integrado por mais de uma parte, com diferentes procuradores, o que gera grande dificuldade em decorrência do exíguo tempo de sustentação oral. A solução dessa questão fica, sempre, sujeita à condução do presidente do Tribunal, que poderá, ou não, conceder prazo superior a ser dividido pelos diferentes procuradores.

Aliás, além da ausência de benefício de prazo, há hipóteses de prazo comum às partes e ao Ministério Público Eleitoral. A título de exemplo, o art. 22, X, da Lei Complementar n. 64/90 dispõe que, "encerrado o prazo da dilação probatória, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 2 (dois) dias". Trata-se da previsão de alegações finais em Ação de Investigação Judicial Eleitoral.

Nesse contexto, autor e réu, independentemente da pluralidade subjetiva, porventura, existente em um ou outro polo da relação, bem como o Ministério Público Eleitoral, terão o diminuto prazo, comum, de dois dias para apresentar alegações finais em processo de investigação judicial, em que se admite a ampla dilação probatória e que, não raramente, possui inúmeros volumes. Como se não bastasse, tal ação permite a aplicação da sanção de maior gravidade em matéria eleitoral: a cassação de registro ou de diploma. Essa previsão legal torna dificultosa a atuação processual, praticamente, inviabilizando o acesso aos autos.<sup>1229</sup>

Por conseguinte, o princípio da igualdade, que tem, como destinatários, o *legislador*, que não pode estabelecer privilégios injustificados, bem como deve dar tratamento distinto quando isso viabilizar a igualdade material, e o *juiz*, que, na condução do processo, não pode prescrever oportunidades assimétricas às partes em decorrência de ato judicial,<sup>1230</sup> tem o condão de orientar a doutrina na *construção* ou, ao menos, na sistematização do Direito Processual Eleitoral.

## § 5º. Direito fundamental ao juiz natural

Por juiz natural, deve-se entender o "*juiz imparcial, competente e aleatório*", e que tem o "dever de prestar tutela jurisdicional e conduzir o processo de forma justa".<sup>1231</sup>

---

<sup>1229</sup> Não há dúvidas acerca da necessária celeridade na tramitação dos *processos* eleitorais; no entanto, o exíguo prazo, comum, pode comprometer o pleno exercício do direito de ação e de defesa, o que pode ser, extremamente, preocupante quando se trata de questão atinente à democracia e ao direito político fundamental.

<sup>1230</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 641-642.

<sup>1231</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 644.

Conforme Nery Junior,

o princípio do juiz natural se traduz no seguinte conteúdo: a) exigência de *determinabilidade*, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais [...]; b) garantia de *justiça material* (independência e imparcialidade dos juízes); c) *fixação da competência*, vale dizer, o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes; d) observância das determinações de procedimento referentes à *divisão funcional interna*.<sup>1232</sup>

Nessa dimensão, a Constituição dispõe que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"<sup>1233</sup> e que não haverá juízo ou tribunal de exceção.<sup>1234</sup>

Conforme Nery Junior, "tribunal de exceção é aquele designado ou criado, por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele já ocorrido ou não, irrelevante a existência prévia do tribunal". Trata-se de tribunal criado sob encomenda, "*ex post facto* (ou *a posteriori*), para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém".<sup>1235</sup>

Sob tal aspecto, Yarshell acentua que o que não se admite é a criação de tribunal *ad hoc*, que não é apenas aquele constituído *após* o fato, "mas em função dele, porque isso conduz a um julgamento meramente formal, cujo resultado já está de alguma forma determinado antes mesmo do processo".<sup>1236</sup>

Acerca do direito ao juiz natural, merecem menção as chamadas *justiças especializadas*, que possuem "atribuição e divisão da atividade jurisdicional", com previsão anterior ao fato, de forma abstrata e geral, "para julgar matéria específica prevista em lei".<sup>1237</sup> Esse é o caso da Justiça Eleitoral.

<sup>1232</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 148. Para o autor, à p. 142, "a garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal ad hoc, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial".

<sup>1233</sup> Art. 5º, LIII.

<sup>1234</sup> Art. 5º, XXXVII.

<sup>1235</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 143.

<sup>1236</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 99.

<sup>1237</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 144.

Como características do juiz natural, sobrelevam-se a independência e a imparcialidade,<sup>1238</sup> em que o juízo deve ser "imparcial e pré-constituído na forma da lei". Contudo, não se pode exigir neutralidade objetiva do julgador, "pois é absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa".<sup>1239</sup>

E essa é uma questão que tem especial relevo no Direito Eleitoral, visto que lida com a política e com as paixões, sendo inevitável que os julgadores levem em consideração, quando do julgamento, sua formação e suas concepções de mundo, que possuem, muitas vezes, conotação política e ideológica.<sup>1240</sup> O que se veda, em consonância com o inciso III do parágrafo único do art. 95 da Constituição, é a dedicação à atividade político-partidária, não se admitindo que o magistrado tenha filiação partidária ou envolvimento político.

Por conseguinte, há que se referir o cumprimento de mandato pelos juízes eleitorais, tendo essa previsão, em sua essência, o objetivo de garantir a imparcialidade dos julgadores em área tão sensível quanto a política.

Outro ponto acentuado por Nery Junior é a vedação de "mecanismo de designação, substituição e convocação de juízes pelo Poder Executivo", tendo em vista competir ao Poder Judiciário essa gestão.<sup>1241</sup> Acerca desse tópico, há que se atentar para a nomeação pela presidência da República dos representantes da classe dos juristas nos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior Eleitoral, o que, todavia, não destoaria da previsão atinente ao quinto constitucional nos Tribunais Regionais e Estaduais e, tampouco, da nomeação dos ministros dos Tribunais Superiores.

Ainda, no âmbito do Direito Eleitoral, a eleição de 2002 consagrou um procedimento que afronta regra do Código de Processo Civil e que merece ser questionado, à luz do direito ao juiz natural.

---

<sup>1238</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 149.

<sup>1239</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

<sup>1240</sup> Por tais razões, inclusive, considera-se importante que a magistratura eleitoral seja exercida por meio de mandatos, com temporariedade, tendo em vista que o exercício da jurisdição eleitoral tende a gerar fricções, e a renovação se faz salutar para a imparcialidade da Justiça Eleitoral.

<sup>1241</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 148.

Ocorre que a Resolução n. 20.951,<sup>1242</sup> de 13 de dezembro de 2001, estabeleceu, para o pleito de 2002, as regras atinentes às reclamações e representações do art. 96 da Lei n. 9.504/97. E, em seu art. 8º, § 1º, dispôs que o recurso interposto contra a decisão prolatada pelos Juízes Auxiliares seria relatado, no Tribunal Regional Eleitoral, pelo próprio Juiz Auxiliar que proferiu a sentença.<sup>1243</sup>

Assim, da sentença proferida pelo Juiz Auxiliar, em sede de representação ou reclamação, caberia o recurso de *agravo*,<sup>1244</sup> que teria, como relator, no Tribunal Regional, o mesmo julgador que prolatara a decisão recorrida. E, a partir dessa resolução, o procedimento foi adotado em todas as eleições subsequentes, havendo entendimento jurisprudencial afirmando a legalidade da referida disposição.<sup>1245</sup>

Ocorre que a previsão, não obstante o entendimento contrário da Justiça Eleitoral, afronta, sim, regra expressa do Código de Processo Civil que, em seu art. 134, III, dispõe ser "defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário [...] que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão".<sup>1246</sup>

Portanto, há uma pré-definição do relator do recurso interposto, o que já dificulta a chance de êxito, tendo em vista a evidente tendência de ser mantido o entendimento proferido pelo próprio julgador. Trata-se da positivação legal de hipótese que é compreendida como verdadeiro impedimento do julgador pela legislação processual civil. Eis, aqui, mais um ponto que merece reflexão por parte da doutrina, a partir dos direitos fundamentais processuais.

Por fim, o princípio também consagra o chamado promotor natural, tendo em vista "a garantia constitucional de ver-se processado e julgado pelas autoridades competentes, previamente, estabelecidas pelas leis processuais e de

---

<sup>1242</sup> TSE - Resolução 20.951/DF - Rel. Min. Fernando Neves - j. 13/12/2001.

<sup>1243</sup> Art. 8º "Contra a decisão dos juízes auxiliares caberá agravo, no prazo de vinte e quatro horas da publicação da decisão na Secretaria, assegurado ao recorrido o oferecimento de contra-razões, em igual prazo, a contar da sua notificação.

§ 1º O agravo será levado à sessão pelo próprio juiz auxiliar, que substituirá membro da mesma representação, observada a ordem de antigüidade, e julgado pelo Plenário do Tribunal, no prazo de quarenta e oito horas, a contar da conclusão dos autos, independentemente de pauta".

<sup>1244</sup> Salta aos olhos outro problema terminológico, visto que a resolução denominou de *agravo* o recurso interposto contra a *sentença*, visto que as decisões interlocutórias são irrecorríveis.

<sup>1245</sup> TSE - Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 1677-71 - Rel. Min. Henrique Neves da Silva - j. 16/05/2013.

<sup>1246</sup> A previsão é mantida no novo Código de Processo Civil, estando positivada no art. 144, II.

organização judiciária".<sup>1247</sup> Logo, não apenas a autoridade julgadora, mas também a processante devem ser previamente estabelecidas.

Para Nery Junior, o princípio do promotor natural demanda a presença de quatro requisitos:

a) a investidura no cargo de Promotor de Justiça; b) a existência de órgão de execução; c) a lotação por titularidade e inamovibilidade do Promotor de Justiça no órgão de execução, exceto as hipóteses legais de substituição e remoção; d) a definição em lei das atribuições do cargo.<sup>1248</sup>

Tal previsão tem especial relevância no Direito Eleitoral, tendo em vista a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura das ações eleitorais. Nesse contexto, em eleições municipais e no âmbito das Zonas Eleitorais, terá legitimidade o Promotor de Justiça que tenha sido designado para lá exercer a atividade eleitoral. Na circunscrição estadual, a função ministerial será desempenhada pelo Procurador Regional Eleitoral, que será um Procurador da República com assento junto ao Tribunal Regional. Em âmbito nacional, o representante do Ministério Público Eleitoral no TSE será o Procurador-Geral Eleitoral, que é o próprio Procurador-Geral da República.<sup>1249</sup>

## § 6º. Direito fundamental ao contraditório

O princípio do contraditório encontra-se positivado, como norma, formal e materialmente, constitucional, no art. 5º, LV, da Constituição, que dispõe que, "aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".<sup>1250</sup>

Sobre o contraditório, refere Leonardo Greco:

---

<sup>1247</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 182.

<sup>1248</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 184.

<sup>1249</sup> Tanto o Procurador Regional quanto o Procurador-Geral terão seus substitutos legais.

<sup>1250</sup> Sobre o tema, PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 87-114.

Numa noção elementar poderia ele ser definido como o princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão (*audiatur et altera pars*) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa.<sup>1251</sup>

Eis a razão pela qual, tradicionalmente, se tem o contraditório como a garantia da ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a consequente possibilidade de manifestação sobre eles.

Consoante Antônio do Passo Cabral, o contraditório, em sua tradição clássica, trata do direito de as partes contraporem argumentos contrários aos seus, em uma ideia de *bilateralidade da audiência*.<sup>1252</sup>

No entanto, de nada adianta assegurar o direito de ação e de defesa às partes se ele for, meramente, formal, se não se lhes for assegurada efetividade, com a possibilidade de influenciar no desenvolvimento processual.<sup>1253</sup>

Pelo direito ao contraditório, autor e réu devem ter a possibilidade efetiva de participarem do desenvolvimento do processo, podendo expor suas alegações e produzir provas quanto a elas, provas estas que devem ser avaliadas e valoradas pelo julgador.<sup>1254</sup>

Assim, o contraditório não exprime a mera exigência de que as partes se encontrem em paridade formal no processo, nem busca a simples neutralidade do julgador, mas requer que as partes estejam em condições de, efetivamente, influenciarem no resultado da demanda.<sup>1255</sup> Tem-se o contraditório como um "direito de influenciar o exercício do poder do Estado".<sup>1256</sup>

<sup>1251</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, São Paulo, 2005, p. 71.

<sup>1252</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 450. Continua o autor, à p. 451, referindo que "a *ratio* do contraditório é permitir a possibilidade de reagir ou prevenir posições processuais desfavoráveis", identificando-se "o binômio essencial em torno ao qual gravita o princípio: informação-reação", na ideia de bilateralidade de audiência.

<sup>1253</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**, v. 1, 1998, p. 20: "Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes".

<sup>1254</sup> TARZIA, Giuseppe. Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 33, n. 3, 1981, p. 792-798.

<sup>1255</sup> TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974, p. 385-386.

<sup>1256</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 450. Para o autor, à p. 456, "a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa no processo: a sociedade pode influenciar os atos decisórios estatais com a discussão argumentativa", sendo o contraditório "o princípio processual que coloca em prática esse procedimento dialógico".



Por essa razão, inclusive, entende-se que a motivação das decisões integra o “conteúdo mínimo” do contraditório, pois *presta contas* dessa efetiva participação, viabilizando o controle da concreta influência na decisão final do processo.<sup>1257</sup>

A participação igualitária das partes, por meio de um contraditório efetivo, tem o condão de legitimar o próprio provimento jurisdicional.<sup>1258</sup>

Convém ressaltar que, às partes, é assegurada a “possibilidade” de exercer o contraditório, razão pela qual o processo civil brasileiro prevê a possibilidade da contumácia. Não há, pois, obrigatoriedade de exercício do contraditório, até mesmo por respeito à liberdade, concretizando-se o princípio na possibilidade de as partes se utilizarem da estrutura dialética do processo.<sup>1259</sup> Logo, mesmo diante da revelia, não há que se falar em violação ao contraditório, tendo em vista tratar-se de um direito da parte, que, no caso, não foi exercido por uma opção do demandado.<sup>1260</sup>

Importante destacar a função dialética do contraditório,<sup>1261</sup> de diálogo entre as partes e entre essas e o juiz, a fim de viabilizar maior participação, legitimando o provimento jurisdicional pelo permanente diálogo entre os interessados.

O princípio do contraditório constitui, para Cécile Chainais, uma forma de mínimo denominador comum processual, tratando-se de garantia necessária para a boa justiça e caracterizando o processo jurisdicional do ponto de vista formal. O contraditório pertence às estruturas elementares do procedimento,

<sup>1257</sup> COLESANTI, Vittorio. Principio del Contraddittorio e procedimenti speciali. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 30, n. 4, Padova, 1975, p. 612.

<sup>1258</sup> Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 1, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 235, ao referir que, “na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a *participação* que mediante o correto cumprimento das normas procedimentais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em *legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal*”.

<sup>1259</sup> COLESANTI, Vittorio. Principio del Contraddittorio e procedimenti speciali. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 30, n. 4, Padova, 1975, p. 582-583.

<sup>1260</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 452.

<sup>1261</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**, v. 1, 1998, p. 9: “A dialética, lógica da opinião e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente falso (raciocínio sofístico). No seu âmbito, incluem-se os procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos, enquanto pressupõem o diálogo, a colaboração das partes numa situação controvertida, como no processo. Em semelhante ambiente cultural, o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita”.

pertence à cultura do processualista. “Ele é o que resta quando tudo é esquecido”.<sup>1262</sup>

E mais, conforme refere Daniel Mitidiero,

o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constringe ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. Funciona, pois, como um evidente instrumento de “democratização do processo”.<sup>1263</sup>

O ambiente dialético do processo impõe, como regra, que as partes se manifestem, de maneira prévia, ao provimento jurisdicional.<sup>1264</sup> Entretanto, não há como negar a necessidade de, em certas situações, diferir, no tempo, o exercício do contraditório e da ampla defesa.<sup>1265</sup>

Nos procedimentos de urgência, por exemplo, é possível a ocorrência de decisões sem a prévia ouvida da parte contrária, postergando a possibilidade de exercício do contraditório. Tal situação não viola o direito ao contraditório, visto que o escopo principal “é oferecer a oportunidade de reagir aos atos desfavoráveis”.<sup>1266</sup>

Salienta-se que não há total violação ao direito de defesa e ao contraditório, apenas permitindo-se que o seu efetivo exercício seja postergado, seja diferido no tempo.<sup>1267</sup>

Apesar do entendimento consagrado segundo o qual o contraditório expressa a garantia da bilateralidade de audiência e o direito de influência, Antônio do Passo Cabral vai além, ao expressar que o contraditório impõe deveres, tendo em vista que a participação contribui para a atividade jurisdicional.<sup>1268</sup>

Assim e partindo do pressuposto de que a decisão será “mais justa e o direito objetivo será mais respeitado quanto maior for a participação dos atores

<sup>1262</sup> CHAINAIS, Cécile. **La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien**. Paris: Dalloz, 2007, p. 251.

<sup>1263</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 152.

<sup>1264</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 450.

<sup>1265</sup> COLESANTI, Vittorio. Principio del Contraddittorio e procedimenti speciali. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 30, n. 4, Padova, 1975, p. 589.

<sup>1266</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 452.

<sup>1267</sup> COLESANTI, Vittorio. Principio del Contraddittorio e procedimenti speciali. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 30, n. 4, Padova, 1975, p. 588.

<sup>1268</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 459.

do processo", Antônio do Passo Cabral atribui ao contraditório uma função mais nobre: a de contribuir para a solução justa.<sup>1269</sup>

Trata-se do contraditório como participação colaborativa para as decisões estatais. E, nesse contexto, o Estado teria "o direito de exigir a retidão das partes no processo - instrumento público - a quem é atribuído o dever de agir ético, de contribuição para a decisão final".<sup>1270</sup>

Para grande parte da doutrina, no entanto, a participação contribui, sim, para o alcance de uma decisão mais precisa, mas esse seria um efeito do contraditório, não havendo um efetivo dever de cooperação decorrente do princípio.<sup>1271</sup>

## § 7º. Direito fundamental à motivação das decisões

O art. 93, IX, da Constituição, assenta o direito à motivação das decisões judiciais, ao dispor que

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Apesar da previsão expressa, o direito fundamental à motivação das decisões poderia ser extraído do direito ao contraditório, pois de nada adiantaria prever o direito de as partes influenciarem na formação do convencimento do julgador se não houvesse o dever estatal, quando da decisão, de considerar as alegações formuladas e as provas produzidas, mesmo que no sentido de refutá-las.<sup>1272</sup>

<sup>1269</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 459-460.

<sup>1270</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 460.

<sup>1271</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 462.

<sup>1272</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 113. Conforme SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 665, o direito à motivação é a

Na ótica de Daniel Mitidiero,

o dever de fundamentação das decisões consiste na 'última manifestação do contraditório', porquanto a motivação 'garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas'. Há, pois, um nexó inarredável entre inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental ao contraditório e dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, sem o qual não se pode reconhecer a existência de um processo justo.<sup>1273</sup>

A motivação das decisões serve como garantia do respeito ao contraditório, visto que é, por meio dela, que se pode atestar se, efetivamente, o direito de influenciar das partes foi respeitado no caso concreto. Não haveria possibilidade de atestar tal direito se a decisão não fosse fundamentada, com a necessária avaliação, acolhimento ou refutação, pelo juiz, dos argumentos expendidos pelas partes.<sup>1274</sup>

De outra banda, Yarshell assevera que o direito à motivação das decisões decorre, também, do direito de ação, já que "de nada adiantaria assegurar o ingresso em juízo se, em contrapartida, não houvesse o dever de apreciar os pedidos e respectivos fundamentos deduzidos pelo autor e, sob a ótica do demandado, de considerar os argumentos defensivos".<sup>1275</sup>

Conforme demonstram Marinoni e Mitidiero, "sem motivação a decisão perde *duas características centrais: a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais*".<sup>1276</sup> Destarte, a decisão judicial deve ser motivada, no caso concreto, orientando condutas sociais e viabilizando a adoção dos precedentes judiciais.

Como se não bastasse, motivação é justificação, tanto interna - no sentido da inexistência de contradição do julgado -, quanto externa - na análise da correção das premissas de fato e de direito trazidas pelas partes.

última manifestação do próprio princípio do contraditório, servindo como "*banco de prova do direito ao contraditório das partes*".

<sup>1273</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 153-154.

<sup>1274</sup> Conforme assevera CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 457, "o ato decisório deve evidenciar, de forma cristalina, a síntese das contribuições coletadas no exercício do contraditório".

<sup>1275</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 113.

<sup>1276</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 666.

De acordo com Marinoni e Mitidiero, em um Estado Constitucional, há uma articulação mínima para a motivação das decisões, e que, em síntese, envolve:

(a) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para; (a1) individualização das normas aplicáveis; (a2) acertamento das alegações de fato; (a3) qualificação jurídica do suporte fático; (a4) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (b) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e (c) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta.<sup>1277</sup>

É, pela motivação das decisões, que o órgão jurisdicional "exprime as razões que contribuíram à formação do seu convencimento e dá publicidade à influência exercida".<sup>1278</sup>

Dessa forma, "a motivação responde a um interesse das partes, que, com a compreensão dos motivos do juiz, poderá convencer-se dos erros de suas condutas ou não se resignar e preparar adequadamente seus recursos".<sup>1279</sup>

Há um inegável interesse público na motivação das decisões, tendo em vista a necessidade de controle da atividade jurisdicional e o direito de participação política pelo processo.<sup>1280</sup>

O dever de motivação das decisões cumpre com o direito de os cidadãos verem suas argumentações serem consideradas pelo juiz. Logo, ao expor suas razões de decidir, o julgador presta contas ao direito de influência, tendo em vista que, seja para acolher ou para refutar as alegações, irá demonstrar a influência na decisão proferida.<sup>1281</sup>

Conforme bem demonstra Yarshell, a motivação *ad relationem*, em que a decisão apenas se reporta aos fundamentos adotados em outra decisão, "não se ajusta à garantia do contraditório", não se admitindo que "as razões da decisão recorrida prevaleçam sem que sejam apreciados os fundamentos pelos quais o recorrente as combateu", visto que o "referido expediente esvazia a função

<sup>1277</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 668.

<sup>1278</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 456.

<sup>1279</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 456.

<sup>1280</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 456.

<sup>1281</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 457.

de controle - interno e também externo - que a exigência de motivação (desdobramento do contraditório) contém".<sup>1282</sup>

Aliás, o direito à motivação das decisões não é contemplado com a mera reprodução de decisões anteriores, com a utilização de expressões que poderiam servir a justificar qualquer outra decisão e com o não enfrentamento dos argumentos expendidos pelas partes.

Nesse sentido, é de se louvar a previsão do art. 489, § 1º, do novo Código de Processo Civil, que considera não fundamentadas as decisões nas hipóteses referidas.<sup>1283</sup>

### § 8º. Direito fundamental à licitude das provas

Inerente aos direitos fundamentais ao processo justo, ao contraditório, à tutela adequada e efetiva e à ampla defesa é o direito fundamental à prova. Nesse sentido, como regra, as provas são admissíveis e têm as partes o direito de produzi-las, a fim de o autor exercer o seu direito de ação e o réu o seu direito à mais ampla defesa, tudo no exercício do direito ao contraditório, que é ponto central no direito ao processo justo.

Para Sérgio Wetzel de Mattos,

o direito fundamental à prova compreende: (I) o direito à utilização de todas as provas disponíveis, com o objetivo de provar a verdade dos fatos em que está fundada a ação ou a defesa; (II) o direito à produção das provas já admitidas; (III) o direito ao contraditório sobre as provas, isto é, o direito de contraditar as provas

<sup>1282</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 114.

<sup>1283</sup> Art. 489, § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

produzidas pela parte contrária ou por iniciativa oficial do juiz, inclusive o direito à prova contrária; e (IV) o direito à valoração das provas pelo órgão judicial.<sup>1284</sup>

Conforme demonstrado por Marinoni e Mitidiero, a verdade é um pressuposto ético do processo,<sup>1285</sup> devendo-se atentar para a relação teleológica existente entre prova e verdade, visto que o direito à prova permite a busca da apuração da veracidade dos fatos alegados.<sup>1286</sup>

Todavia, o direito à prova não é absoluto, tendo a Constituição brasileira estabelecido o direito à licitude das provas, vedando-se a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.<sup>1287</sup>

Primeiramente, costuma-se fazer a distinção entre o gênero provas vedadas<sup>1288</sup> ou ilegais<sup>1289</sup> e suas espécies prova ilegítima e prova ilícita. Nesse contexto, as provas *ilegítimas* seriam aquelas que, quando, do momento de sua *produção*, violam norma de ordem *processual*, enquanto que as provas *ilícitas* são as que, quando, do momento de sua *obtenção*, violam normas de direito material e, sobretudo, de *direito fundamental*.<sup>1290</sup>

Tem-se, como ilícita, por conseguinte, a prova que é obtida a partir de um ato de tortura ou em decorrência da violação à intimidade, como se poderia cogitar, por exemplo, da violação ao sigilo telefônico.<sup>1291</sup>

A vedação das provas ilícitas apresenta-se como um limite à desenfreada busca da fiel reconstrução fática no processo, eis por que, nos dizeres de Devis Echandía, "o processo contencioso não é um campo de batalha em que sejam permitidos todos os meios úteis para triunfar".<sup>1292</sup>

<sup>1284</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzels de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 213-214.

<sup>1285</sup> Sobre a verdade no processo, obrigatória a leitura de TARUFFO, Michele. **La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Roma-Bari: Laterza, 2009.

<sup>1286</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 656.

<sup>1287</sup> Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

<sup>1288</sup> NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 21, 1996, p. 448.

<sup>1289</sup> BARCELOS, Guilherme. **Processo judicial eleitoral & provas ilícitas: a problemática das gravações ambientais clandestinas**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 35

<sup>1290</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. A garantia da licitude das provas e o princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. In PORTO, Sérgio Gilberto (org). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 175-176.

<sup>1291</sup> Nessa matéria, a Lei n. 9.296/96 dispõe sobre as interceptações de comunicações telefônicas.

<sup>1292</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1974, p. 539.

A regra é a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, mas a jurisprudência e a doutrina permitem um certo temperamento dessa vedação, por meio da utilização do princípio da proporcionalidade.<sup>1293</sup>

E é, nesse contexto, que o tema ganha relevo em se tratando de Direito Processual Eleitoral. Ocorre que a jurisprudência histórica do Tribunal Superior Eleitoral e, por consequência, dos Tribunais Regionais, era no sentido da licitude da prova obtida por meio de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro.<sup>1294</sup>

Tal entendimento fora adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral a partir de precedente do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado no Recurso Extraordinário 583.937/RJ.<sup>1295</sup>

Nessa senda, especialmente, em se tratando de captação ilícita de sufrágio, em que a produção probatória é de difícil consecução, tendo em vista o caráter clandestino de tal ilicitude, e em razão do *standard probatório* adotado, a demandar prova *estreme de dúvidas*,<sup>1296</sup> a jurisprudência das cortes eleitorais passou a admitir as gravações ambientais, em que a *vítima* da compra de voto gravava, sem o conhecimento do *corruptor*, o ato ilícito.

No entanto, como bem apontado por Guilherme Barcelos, a utilização do precedente do Supremo Tribunal Federal era equivocada. E isso porque o caso analisado no STF tratava de ação penal e a prova havia sido utilizada como matéria de defesa do réu - autor da gravação -, o que não ocorria quando da aplicação em decorrência da captação ilícita de sufrágio estatuída no art. 41-A da

---

<sup>1293</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. A garantia da licitude das provas e o princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. In PORTO, Sérgio Gilberto (org). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 180-183. Basicamente, encontram-se três correntes acerca das provas ilícitas: (a) a que as admite de forma absoluta, em razão de que o ilícito já teria sido perpetrado e, por isso, não haveria motivo para não utilizar o seu *subproduto útil* (*male captum, bene retentum*); (b) a que as veda de forma peremptória, tendo em vista sua inconstitucionalidade; e (c) a que, como regra, entende não serem admissíveis as provas ilícitas, mas que, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, excepcionalmente, as admite, no intuito de salvaguardar valor constitucional hierarquicamente superior, no caso concreto.

<sup>1294</sup> Apenas a título de exemplo, TSE - Recurso Especial Eleitoral 50706/AL - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 26/06/2012.

<sup>1295</sup> STF - Repercussão Geral por Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 583.937/RJ - Rel. Min. Cezar Peluso - j. 19/11/2009.

<sup>1296</sup> Os *standards probatórios* não são estudados em termos de Direito Processual Eleitoral, não obstante tenha se consolidado o entendimento de que, para fins de condenação por captação ilícita de sufrágio, a prova deveria ser *estreme de dúvidas*, o que dá azo a entender tratar-se da *evidence beyond a reasonable doubt*, standard utilizado em casos criminais na tradição da *common law*. Sobre o tema, KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, e KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, v. 353, Rio de Janeiro, 2001, p. 15-52.



Lei n. 9.504/97, que possui natureza de ilícito *não penal* e em que a prova era utilizada para a condenação do réu que havia sido gravado sem seu conhecimento.<sup>1297</sup>

Logo, sendo a gravação ambiental clandestina obtida sem o conhecimento de um dos interlocutores, em processo de natureza não penal e com o único propósito de condenar a pessoa gravada, com violação de sua intimidade, não se poderia admitir tal prova como lícita.

E esse entendimento foi adotado, especificamente, para o pleito eleitoral de 2012, tendo, como precedente, o Recurso Especial Eleitoral 34426/BA, em que se entendeu ilícita a gravação ambiental, em razão de violação à intimidade, salvo na hipótese de se tratar de investigação criminal ou processo penal em que haja ordem judicial.<sup>1298</sup>

Salienta-se, por fim, que são vedadas as chamadas provas ilícitas por derivação (*fruits of the poisonous tree*), ou seja, aquelas decorrentes de uma prova ilícita.<sup>1299</sup>

## § 9º. Direito fundamental à publicidade

Consoante assevera Sérgio Wetzel de Mattos, "a *publicidade dos atos processuais é duplamente garantida* pela Constituição Federal de 1988",<sup>1300</sup> tendo previsão no art. 5º, LX,<sup>1301</sup> e no art. 93, IX.<sup>1302</sup>

<sup>1297</sup> BARCELOS, Guilherme. **Processo judicial eleitoral & provas ilícitas**: a problemática das gravações ambientais clandestinas. Curitiba: Juruá, 2014, p. 157-175.

<sup>1298</sup> TSE - Recurso Especial Eleitoral 34426/BA - Rel. Min. Marco Aurélio - j. 16/08/2012. Percebe-se a alteração da jurisprudência do TSE que, no tema em questão, merece ser louvada.

<sup>1299</sup> Sobre o tema, sugere-se a leitura de KNIJNIK, Danilo. A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **Revista da Ajuris**, n. 66, 1996, p. 61-84. Nesse diapasão, entendeu o TSE, no Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral 36838/SC, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 05 de fevereiro de 2015, que o depoimento obtido a partir da gravação ambiental ilícita era prova ilícita por derivação.

<sup>1300</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 228.

<sup>1301</sup> "A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".

<sup>1302</sup> "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

Não há como negar que "a publicidade dos atos processuais configura posição jurídica fundamental imanente ao devido processo legal",<sup>1303</sup> sendo da essência do "princípio democrático do Estado de Direito".<sup>1304</sup>

Trata-se de princípio "inseparável do próprio regime democrático, exigindo transparência no exercício da função jurisdicional e permitindo o controle externo e interno sobre a boa administração da justiça".<sup>1305</sup>

É, nesse contexto, que Cintra, Dinamarco e Grinover frisam que a publicidade é "o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juízes". Além do mais, a responsabilidade das decisões judiciais aumenta com a sua publicidade,<sup>1306</sup> o que tende a contribuir para a qualidade das decisões.

Portanto, o princípio da publicidade cumpre com a finalidade de "proporcionar o conhecimento e a fiscalização dos atos praticados pelos sujeitos do processo", podendo, inclusive, "ser visto como projeção do *direito à informação*".<sup>1307</sup>

Como se não bastasse, a publicidade, em razão de afastar a prática de atos processuais secretos, contribui, de forma decisiva, para a imparcialidade das decisões.<sup>1308</sup>

Pode-se distinguir a publicidade em externa, que versa sobre a "possibilidade de conhecimento dos atos processuais pelo público em geral", cuja possibilidade de restrição é excepcional, e interna, "que é *irrestrita*", albergando "a possibilidade de ciência dos atos processuais pelas partes e pelos respectivos advogados, como condição de efetividade do contraditório".<sup>1309</sup>

Conforme Yarshell, sua função é maior no sentido de "proporcionar controle externo (popular) do que finalidade autônoma e interna no processo", visto

<sup>1303</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 228.

<sup>1304</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 663.

<sup>1305</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 229. Para o autor, "a publicidade do processo é suscetível de robustecer a confiança popular na boa administração da justiça".

<sup>1306</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 88.

<sup>1307</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 133.

<sup>1308</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 134.

<sup>1309</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 229.

que, internamente, tal função é desempenhada pelo contraditório. Sob esse aspecto, o autor entende que "o direito à informação que se possa associar à publicidade só pode ser entendido como prerrogativa de terceiros, e não exatamente das partes, que já estão em contraditório perante o juiz".<sup>1310</sup>

Consoante Marinoni e Mitidiero, pode-se classificar a publicidade em *geral* ou *restrita*: "a publicidade geral é aquela que todos têm acesso ao conteúdo dos autos", enquanto que a restrita é aquela em que "apenas as partes ou seus advogados têm acesso aos autos". Também, pode-se classificar em publicidade *imediate* ou mediata. "A publicidade imediata é aquela em que é facultada ao público em geral, às partes e aos seus advogados a presença no momento da prática dos atos processuais" e a mediata é aquela "em que é acessível ao público, às partes e aos seus advogados apenas o resultado da prática do ato processual". Como regra, no processo, a publicidade é geral e imediata.<sup>1311</sup>

Apesar de a regra ser a da publicidade dos atos e julgamentos judiciais, existe a previsão, excepcional, de correr o processo em *segredo de justiça*, "afastando-se a *publicidade externa* em *defesa da intimidade* ou por *exigência do interesse público*".<sup>1312</sup>

Como limite à publicidade, pode-se frisar a previsão do art. 93, IX - em que se admite ao legislador "limitar a publicidade do processo em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação" - e do art. 5º, LX, da Constituição, que permite restrição legal "quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem".<sup>1313</sup>

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover, "a regra geral da publicidade dos atos processuais encontra exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados".<sup>1314</sup>

<sup>1310</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 133-134.

<sup>1311</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 663-664.

<sup>1312</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 230. Conforme SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 664, o processo pode ser submetido à hipótese de sigilo constitucional ou judicial.

<sup>1313</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 135.

<sup>1314</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89.

Em se tratando de Direito Eleitoral, a Constituição excepciona o princípio da publicidade ao dispor, em seu art. 14, § 11, que "a ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça". Assim, a AIME possui previsão constitucional de segredo de justiça, o que contraria a lógica do direito à publicidade.

A bem da verdade, não se demonstra acertada a previsão constitucional de segredo de justiça para a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, já que o objeto da ação não é distinto, por exemplo, do objeto versado na Ação de Investigação Judicial Eleitoral ou nas representações por condutas vedadas, captação ilícita de sufrágio e captação e gastos ilícitos de recurso, sendo que essas não possuem qualquer previsão de sigilo.

Esse também é o entendimento de José Jairo Gomes, ao expressar que "nada justifica que a ação em foco seja processada sob segredo de justiça", tendo em vista sua incompatibilidade com o princípio da publicidade e "considerando-se que não há sigilo nas demais ações tipicamente eleitorais e que algumas delas podem fundamentar-se em fatos idênticos ao da impugnatória de mandato eletivo".<sup>1315</sup>

Acerca do direito à publicidade, Yarshell salienta que "uma das formas mais relevantes de publicidade (mediata) é a divulgação do conteúdo de processos judiciais pelos meios de comunicação de massa", o que serve para "propiciar fiscalização popular e controle externo, por vias e nos limites adequados ao exercício da atividade jurisdicional".<sup>1316</sup>

Todavia, o autor salienta a necessidade de se ter cuidado, diante do alto grau de exposição de determinados processos, para que não se "prejudique a independência do magistrado".<sup>1317</sup>

---

<sup>1315</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013, p. 609. Impõe-se destacar, como assevera COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **Direito eleitoral e processo eleitoral: direito penal eleitoral e direito político**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 395-396, que "não há litispendência entre a ação de investigação judicial eleitoral e a ação de impugnação de mandato eletivo, pois, embora possam assentar-se nos mesmos fatos, perseguem objetivos distintos". Assim, salienta Coelho, que "o mesmo fato ilícito poderá ensejar o ajuizamento de quatro demandas para discuti-lo em juízo", tendo em vista "possuírem causas de pedir próprias e consequências distintas".

<sup>1316</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 134.

<sup>1317</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 134.

Correto, pois, o entendimento de Sérgio Mattos, ao sublinhar que não se pode confundir *publicidade processual* com *espetaculosidade*. Assim, "com a *publicidade midiática do processo*, a *publicidade* corre o risco de converter-se em 'instrumento de penalização social preventiva', deixando de ser *garantia contra o arbítrio*". Por tal razão, o autor afirma que "a *publicidade dos atos processuais* não constitui, para os *mass media*, garantia absoluta de divulgação de processos e julgamentos públicos".<sup>1318</sup>

No mesmo sentido, Cintra, Dinamarco e Grinover referem que "os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande quanto o próprio segredo. As audiências televisionadas têm provocado em vários países profundas manifestações de protesto".<sup>1319</sup>

A bem da verdade, a publicidade em excesso ou despropositada pode infringir o direito à intimidade das partes, além de poder conduzir "à distorção do próprio funcionamento da justiça através de pressões impostas a todos os figurantes do drama judicial". Destarte, a "publicidade, como garantia política cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça, não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana".<sup>1320</sup>

Há, portanto, que se repensar a *espetacularização* que se tem produzido em torno de determinados litígios, especialmente, na área política, tendo em vista a possibilidade de a pressão popular e midiática influenciar no resultado do julgamento, comprometendo a imparcialidade e isenção dos julgados.

De qualquer sorte, o direito à publicidade é essencial para o Estado Constitucional, respeitando o princípio democrático e sendo indispensável para o direito ao processo justo.

## § 10º. Direito fundamental à duração razoável do processo

Um dos grandes tormentos do Direito, sem sombra de dúvidas, é o

---

<sup>1318</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 230.

<sup>1319</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89.

<sup>1320</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 89-90.

tempo de duração dos processos, via de regra, muito superior ao que se poderia entender *razoável*. Nesse contexto, imperioso o direito fundamental à duração razoável do processo, que tem assento constitucional por força da Emenda Constitucional n. 45, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º<sup>1321</sup> da Constituição.<sup>1322</sup>

É sabido que processo e instantaneidade não são termos conciliáveis, sendo, da natureza processual, a sequência de atos encadeados, em contraditório, que demandam certa duração.

Conforme salienta Marco Jobim,

o processo necessita de um tempo de maturação para que seja julgado e efetivado, sendo que este tempo é um passivo necessário a qualquer processo que seja apreciado pelo Poder Judiciário sem, contudo, torná-lo excessivo, sendo este o grande enfoque a ser perseguido pela doutrina na atualidade.<sup>1323</sup>

De qualquer sorte, esse prolongamento processual não poderá ser exagerado, tendo em vista que, conforme assevera Cruz e Tucci,

um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão.<sup>1324</sup>

Para que se possa aferir a razoabilidade ou não do tempo de duração processual, impõe-se levar em consideração o direito material pleiteado, visto que há incontáveis casos que demandam resolução mais célere, "a fim de que não se torne inócua a prestação jurisdicional pelo decurso do tempo".<sup>1325</sup>

<sup>1321</sup> 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.

<sup>1322</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. O direito fundamental à duração razoável do processo e a Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Revista Jurídica**, n. 435, Porto Alegre, 2014, p. 37-39.

<sup>1323</sup> JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual, 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 112.

<sup>1324</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a duração razoável do processo na Europa comunitária. **Revista Magister de Direito Civil e Processual** Civil, v. 44, 2011, p. 90.

<sup>1325</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. O direito fundamental à duração razoável do processo e a Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Revista Jurídica**, n. 435, Porto Alegre, 2014, p. 43. Percebe-se, por conseguinte, que se deve ter a clara noção de que "o direito processual não pode estar totalmente desvinculado do direito material, visto que a satisfação deste depende da razoável duração daquele. O direito processual não pode ser alheio às vicissitudes fáticas, a demonstrar que o caso concreto poderá vir a influenciar no rito processual a ser adotado".

Não se pode olvidar que o julgamento tempestivo da lide é inerente aos direitos fundamentais à segurança jurídica, à tutela adequada e efetiva e ao processo justo, impondo-se o respeito à razoável duração do processo. Para tanto, deve-se levar em conta a existência de um inafastável *tempo fisiológico* de tramitação processual, que decorre, inclusive, do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa; no entanto, não se pode admitir a postergação em demasia do feito, devendo-se evitar as dilações indevidas, que compõem o *tempo patológico* do processo.<sup>1326</sup>

Conforme Francisco Rosito,

o processo deve demorar exatamente o tempo necessário para atender a sua finalidade de resolver o conflito com justiça, outorgando-se o direito material a quem efetivamente o tem, sem deixar de respeitar o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes e o dever de adequada fundamentação, sob pena de violarmos garantias transcendentais de nosso sistema.<sup>1327</sup>

O direito fundamental à duração razoável deve ser respeitado em todo e qualquer processo, seja jurisdicional ou administrativo,<sup>1328</sup> tratando-se de um princípio redigido como cláusula geral, que possui termo indeterminado em seu suporte fático - a duração razoável -, e não prevê, para a hipótese de seu descumprimento, cominação de consequência jurídica.<sup>1329</sup>

Em sua natureza principiológica, o direito à duração razoável tem, como destinatários, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Poder Executivo, exigindo prestações estatais para que se respeite a tempestividade da tutela jurisdicional.<sup>1330</sup>

<sup>1326</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. O direito fundamental à duração razoável do processo e a Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Revista Jurídica**, n. 435, Porto Alegre, 2014, p. 44. Necessário compreender o direito à duração razoável do processo tanto na perspectiva do autor, que não deseja a ocorrência do tempo patológico decorrente das dilações indevidas, quanto do réu, que quer ver respeitado o tempo fisiológico do processo, em razão de seu direito ao exercício da mais ampla defesa e do respeito aos seus direitos fundamentais.

<sup>1327</sup> ROSITO, Francisco. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. **Revista de Processo**, n. 161, 2008, p. 36.

<sup>1328</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, n. 379, 2009, p. 24.

<sup>1329</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 678.

<sup>1330</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, n. 379, 2009, p. 12-13. Consoante SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 678, o direito fundamental à duração razoável do processo vincula (a) o Poder Legislativo, "no sentido de que ele deve viabilizar técnicas processuais que permitam a prestação tempestiva da tutela jurisdicional, normas que reprimam comportamentos atentatórios à duração razoável, e deve estabelecer a

Não se deve entender, por duração razoável, uma duração determinada ou *legal*. Não há um prazo certo ou determinado pelo legislador para ser cumprido; eis por que se deve levar em consideração o caso concreto, evitando-se as chamadas *dilações indevidas*.<sup>1331</sup>

Acerca das dilações indevidas, José Rogério Cruz e Tucci esclarece que são

os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários.<sup>1332</sup>

Por tais razões, Marinoni assevera que “o direito à duração razoável confere direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito ao prazo adequado para a prática dos atos processuais e direito de não ter a esfera jurídica restringida por tempo superior ao devido”, motivo pelo qual “não há como confundir direito à duração razoável com direito à celeridade do processo”.<sup>1333</sup>

Deve-se, pois, analisar se o tempo de duração processual foi razoável ou não, levando-se em consideração a tutela do direito material em disputa. Para Marinoni e Mitidiero,

a natureza necessariamente *temporal* do processo constitui imposição *democrática*, oriunda do direito das partes de nele *participarem* de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo *ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere*. O que a Constituição determina é a eliminação do *tempo patológico* – a

---

previsão de responsabilidade civil do Estado pelo descumprimento do referido direito fundamental”, (b) o Poder Executivo, “em seu dever de dotação”, devendo o administrador “adotar técnicas gerenciais aptas a viabilizá-lo, organizando de forma idônea os órgãos jurisdicionais” e dotando o Judiciário de “estrutura compatível com a demanda existente”, e (c) o Poder Judiciário, “impondo-se ao julgador o dever de prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva, vinculando-se o juiz na condução do processo em respeito à duração razoável”, não sendo admissível que o julgador contribua, comissiva ou omissivamente, com dilações indevidas, deixando, por exemplo, de reprimir atos abusivos das partes ou deixando de usar as técnicas processuais adequadas para o caso.

<sup>1331</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, n. 379, 2009, p. 19-20. Demonstra o autor que não se pode cogitar de duração razoável sem que as partes possam participar do feito, exercendo seus direitos fundamentais de natureza processual e podendo influenciar o convencimento do julgador.

<sup>1332</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a duração razoável do processo na Europa comunitária. **Revista Magister de Direito Civil e Processual** Civil, v. 44, 2011, p. 92.

<sup>1333</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, n. 379, 2009, p. 21.



*desproporcionalidade* entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar.<sup>1334</sup>

É, nesse contexto, que não se pode olvidar a relevância da Corte Europeia dos Direitos do Homem, que foi consolidando, paulatinamente, critérios para aferir se a tramitação processual cumpriu com o direito fundamental à duração razoável. Assim, não havendo um tempo legal, predeterminado em lei, há a necessidade de que sejam analisadas as circunstâncias do caso concreto, a fim de que se verifique a razoabilidade da duração do processo, se o processo cumpriu apenas com o seu tempo fisiológico ou se esteve eivado de tempo patológico, decorrente de dilações indevidas.<sup>1335</sup>

Tem-se que foi, a partir do Caso Neumeister contra Áustria,<sup>1336</sup> de 1963, que a Corte de Estrasburgo começou a alinhar os critérios para a aferição da duração razoável do processo. Não obstante sua natureza penal, o precedente estabeleceu sete critérios para a análise da razoabilidade da duração da prisão provisória de Neumeister.<sup>1337</sup>

A partir do caso Neumeister, a Corte Europeia passou a levar, em consideração, sistematicamente, os critérios atinentes à *duração efetiva*, à *conduta do acusado*, às *dificuldades de instrução do caso*, à *forma como a instrução foi conduzida* e à *conduta das autoridades judiciárias* na análise dos pedidos e no julgamento do caso.<sup>1338</sup>

Percebe-se que os critérios referidos levam em conta, basicamente: "(a) a complexidade da causa, (b) o comportamento dos litigantes e de seus

<sup>1334</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 678-679.

<sup>1335</sup> Sobre o tema, PAIM, Gustavo Bohrer. O direito fundamental à duração razoável do processo e a Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Revista Jurídica**, n. 435, Porto Alegre, 2014, p. 37-64.

<sup>1336</sup> Processo 1936/63.

<sup>1337</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. O direito fundamental à duração razoável do processo e a Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Revista Jurídica**, n. 435, Porto Alegre, 2014, p. 57: Esses critérios seriam: "(1) a duração efetiva da detenção, (2) a duração da detenção preventiva em comparação com a natureza da infração, (3) os efeitos de ordem material, moral ou outra causados pela detenção, (4) a conduta do acusado, levando-se em consideração (a) se ele contribuiu para retardar ou acelerar a instrução, (b) se ele retardou por demandas de liberdade, recursos, (c) se ele demandou sua liberdade mediante caução ou se ofereceu outras garantias, (5) as dificuldades de instrução do caso (complexidade quanto aos fatos, número de testemunhas), (6) a maneira como a instrução foi conduzida (sistema de instrução e a condução da instrução), e (7) a conduta das autoridades judiciárias (no exame dos pedidos de liberdade e no julgamento do caso)".

<sup>1338</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. O direito fundamental à duração razoável do processo e a Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Revista Jurídica**, n. 435, Porto Alegre, 2014, p. 58. Apenas a título de exemplo, os referidos critérios foram utilizados, dentre outros, nos casos König contra Alemanha (processo n. 6232/73), Buchholz contra Alemanha (processo n. 7759/77) e Zimmermann e Steiner contra Suíça (processo n. 8737/79).

procuradores e (c) a atuação do órgão jurisdicional (autoridades competentes)".<sup>1339</sup> Posteriormente, a Corte Europeia passou considerar um quarto critério, atinente à "relevância do direito em jogo para a vida do litigante prejudicado pela duração não razoável do processo".<sup>1340</sup>

Salienta Cruz e Tucci que a Corte Europeia não imputa às partes "a demora decorrente do exercício de direitos ou poderes processuais, como o de recorrer ou de suscitar incidentes". Nesse sentido, a utilização das regras processuais previstas e que causam natural delonga processual não são vistas como dilatações indevidas.<sup>1341</sup>

Levando-se em conta o direito material em jogo, o direito fundamental à duração razoável do processo é de extrema relevância para o Direito Processual Eleitoral, tendo em vista a curta duração do processo eleitoral, bem como a limitação temporal dos mandatos obtidos no pleito. Isso sem falar que lida com a essência da democracia representativa e com direitos políticos fundamentais.

Conforme Rodolfo Pereira, "a preocupação com a rapidez no julgamento das contendas eleitorais perpassa todos os sistemas de contencioso", tendo sido a *celeridade* "erigida como um dos princípios mais relevantes do Direito Eleitoral comparado. O motivo, como é óbvio, prende-se à exigüidade do lapso temporal dedicado à organização dos pleitos".<sup>1342</sup>

É, nesse contexto, que o art. 97-A da Lei n. 9.504/97 estabelece como "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

<sup>1339</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. O direito fundamental à duração razoável do processo e a Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Revista Jurídica**, n. 435, Porto Alegre, 2014, p. 58.

<sup>1340</sup> DALMOTTO, Eugenio. Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo, in CHIARLONI, Sergio (a cura di). **Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi**. Torino : Giappichelli, 2002, p. 68-225. Conforme Eugenio Dalmotto, à p. 176, o critério da *posta in gioco* foi introduzido pela Corte de Estrasburgo em causas envolvendo portadores do vírus HIV, impondo-se a condução do processo com uma excepcional diligência, a fim de assegurar a rapidez de um julgamento em que a decisão era de crucial importância para o jurisdicionado.

<sup>1341</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a duração razoável do processo na Europa comunitária. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 44, 2011, p. 93. Continua o autor aduzindo que "é necessário, pois, que a morosidade, para ser reputada realmente inaceitável, decorra do comportamento doloso de um dos litigantes, ou, ainda, da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo". Continua Cruz e Tucci, p. 93-94, salientando que existem decisões da Corte Europeia que consideram excessivo, como regra, o prazo superior a cinco anos, por considerar que seria razoável a tramitação de três anos do processo em primeiro grau e de dois anos para o procedimento recursal. Em relação ao valor indenizatório, não há um valor pré-fixado, mas o quantum arbitrado, como regra, é fixado entre 1000 e 1500 euros para cada ano excedente ao *spatium temporis* considerado fisiológico.

<sup>1342</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral**: controle social e fiscalização das eleições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 109.

Eleitoral". Tal prazo, em conformidade com o § 1º do dispositivo legal, "abrange a tramitação em todas as instâncias da Justiça Eleitoral".<sup>1343</sup>

Tendo em vista as particularidades do Direito Eleitoral, percebe-se a relevância do direito fundamental à duração razoável do processo, que deve servir, como norte, ao doutrinador para a *construção* de um Direito Processual Eleitoral.

De todo o exposto, extrai-se, dos direitos fundamentais processuais, uma ferramenta constitucional de grande valia para auxiliar a doutrina no necessário desígnio de *construção* do Direito Processual Eleitoral.

---

<sup>1343</sup> Na hipótese de descumprimento, a legislação eleitoral prevê a possibilidade de, conforme previsão do art. 97, da Lei n. 9.504/97, "o candidato, partido ou coligação representar ao Tribunal Regional Eleitoral contra o Juiz Eleitoral", ordenando o Tribunal "a observância do procedimento que explicitar, sob pena de incorrer o Juiz em desobediência". Da mesma forma, o art. 97-A, § 3º, prevê a possibilidade de representação ao Conselho Nacional de Justiça. Mesmo com a previsão dessas consequências, cumpre referir que é comum a duração dos processos ser muito superior ao legalmente estabelecido como razoável.

## CONCLUSÃO

O Direito Processual Eleitoral carece de segurança jurídica. Não são poucos os exemplos de insegurança legislativa e jurisprudencial. Tal realidade, acrescida ao fato de a doutrina ainda ser incipiente na análise da matéria, faz com que se tenha uma questionável existência desse ramo de Direito Processual, a demandar uma efetiva *construção*.

Logo, por meio da pesquisa do direito fundamental à segurança jurídica, indispensável para a própria qualificação do Direito, e das fases metodológicas do Direito Processual, constatou-se a insegurança existente, bem como a tardia evolução do Direito Processual Eleitoral. Esse fato restou claro do estudo de inúmeras situações de insegurança legislativa e jurisprudencial.

Nesse contexto, somada à função normativa da Justiça Eleitoral, a ausência de uma sistematização legislativa, com a existência de esparsos e desordenados diplomas legais, torna difícil a cognoscibilidade da disciplina. Por essa razão, demonstrou-se a necessidade de uma *construção* legislativa da matéria, a ser realizada por uma reforma da legislação eleitoral, percebendo-se o espaço para a elaboração de uma codificação, sistemática e organizada, apta a gerar mais segurança.

Além do mais, a análise da Teoria Geral do Processo apresentou uma ferramenta de grande valia para a *construção* doutrinária do Direito Processual Eleitoral: trata-se de uma ferramenta conceitual, decorrente do estudo dos quatro institutos estruturantes da TGP.

Como se não bastasse, a Teoria Geral do Processo apresenta, na perspectiva do Direito Processual Constitucional, direitos fundamentais que teriam uma base comum para os diversos ramos do Direito Processual. Tal situação não é diferente com o Direito Processual Eleitoral, em que os direitos fundamentais processuais se revelam uma imprescindível ferramenta constitucional para sua *construção* doutrinária.

Não se pode desconsiderar a relevância do Direito Eleitoral e de sua vertente jurisdicional, tendo em vista que o controle das eleições, realizado pela Justiça Eleitoral, contempla o ideal democrático do Estado Constitucional.

Para que se possa falar em Estado Democrático, não se pode prescindir da realização de eleições periódicas, livres e impermeáveis, tanto quanto

possível, a vícios e fraudes eleitorais. E essa democracia representativa é garantida pelo ramo do Direito Eleitoral, que disciplina as normas, institutos e conceitos capazes de fazer com que o resultado das urnas reflita a vontade soberana do conjunto de eleitores.

Para tanto, de suma importância é o Direito Processual Eleitoral, visto que o contencioso eleitoral viabiliza o controle jurisdicional das eleições, buscando impedir que influências perniciosas - como o abuso de poder, tanto político quanto econômico, a captação ilícita de sufrágio e de recursos, a corrupção e a fraude - maculem o *processo eleitoral* e a formação da escolha livre pelos cidadãos.

No entanto, esse controle jurisdicional encontra-se fragilizado no Brasil, em decorrência da insegurança jurídica do Direito Processual Eleitoral, que não assegura, de forma mais substancial, os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

Nesse contexto, procurou-se demonstrar a imperiosa *necessidade* do aprofundamento do estudo da matéria, que pode ser *instrumentalizada* a partir da *construção* legislativa e doutrinária.

A hipótese de *construção* legislativa se tornaria exequível com a reforma da legislação eleitoral, podendo-se sugerir a elaboração de uma codificação, que cumpriria com o ideal de sistematização e organização do arcabouço legislativo existente, viabilizando, especialmente, o ideal de cognoscibilidade.

Já, a *construção* doutrinária decorreria do relevante papel da doutrina de adscrever, criar e reconstruir significados. Para tal mister, foram apresentadas duas ferramentas valiosas: a ferramenta conceitual, consubstanciada na Teoria Geral do Processo, e a ferramenta constitucional, decorrente dos direitos fundamentais processuais.

Por conseguinte, percebe-se a viabilidade e a indispensabilidade da *construção* doutrinária, principalmente, enquanto pendente a *construção* legislativa.

Com a efetiva *construção* e o desenvolvimento do Direito Processual Eleitoral, legislativa e doutrinariamente, será possível assegurar instrumentos mais sólidos e consistentes para a salvaguarda do ideal democrático.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)**, t. I. México: UNAM, 1974.

\_\_\_\_\_. **Estudios de teoría general e historia del proceso**, t. II. México: UNAM, 1974.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALPA, Guido. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed., rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis**, v. 1, 1998, p. 07-27.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença**: sob a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRADE, Josevando Souza. Lei da ficha limpa: análise de sua eficácia à luz dos princípios constitucionais. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 53-72.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**: introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

ATIENZA, Manuel Rodríguez. **Introducción al derecho**. Barcelona: Barcanova, 1985.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, n. 163, 2008.

\_\_\_\_\_. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 29, São Paulo, 2013, p. 181-204.

\_\_\_\_\_. Ciência do direito tributário e discussão crítica. **Revista de Direito Tributário Atual**, n. 32, São Paulo, 2014, p. 159-197.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: José Aguilar, 1960.

BARCELOS, Guilherme. **Processo judicial eleitoral & provas ilícitas**: a problemática das gravações ambientais clandestinas. Curitiba: Juruá, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Interesse Público**, n. 33, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENABENTOS, Omar A. Nociones sobre una teoría general unitária del derecho procesal. Disponível em

<<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/21/39>>. Acesso em 10 de janeiro de 2015.

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. La facultad reglamentaria de los órganos electorales. **Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 3, 2012, p. 279-289.

BOBBIO, Norberto. **Teoria della Scienza Giuridica**. Torino: Giappichelli, 1950.

\_\_\_\_\_. La certezza del diritto è un mito? **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, n. 28, 1951.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. 2. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2005.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2010, p. 175.

\_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 2, n. 2, 2005, p. 449-464.

CALAMANDREI, Piero. **Istituzioni di diritto processuale civile**: secondo il nuovo código. 2. ed. Padova: CEDAM, 1943.

\_\_\_\_\_. **Instituciones de derecho procesal civil**, t. I. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.



CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro**. 8. ed. Bauru: Edipro, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**: e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna: Il Mulino, 1969.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.

\_\_\_\_. Certezza, autonomia, libertà, Diritto. **Il Diritto della Economia**, n. 2, 1956.

\_\_\_\_. Per una teoria generale del processo. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950.

\_\_\_\_. Rinascita. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 1. Padova: CEDAM, 1946.

\_\_\_\_. Cenerentola. **Questioni sul processo penale**. Bologna: Cesare Zuffi Editore, 1950.

\_\_\_\_. **Sistema de direito processual civil**, v. I. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CASTELO, Jorge Pinheiro, **O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

CAVALCANTI FILHO, Teophilo. **Segurança jurídica**. São Paulo, 1960.

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa**: le fonti e il pensiero giuridico. V. I. Milano: Giuffrè, 1979.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luiz de Pádua. "Ficha limpa" & questões constitucionais. "Direito Eleitoral do Inimigo" (retroagir?). **Estudos Eleitorais**, v. 5, n.1, Brasília, 2010, p. 65-75.

CHAINAIS, Cécile. **La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droits français et italien**. Paris: Dalloz, 2007.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LXII, n. 1, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**, t. I. Trad. José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1922.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. **Direito eleitoral e processo eleitoral**: direito penal eleitoral e direito político. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COLESANTI, Vittorio. Principio del Contraddittorio e procedimenti speciali. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 30, n. 4, Padova, 1975, p. 577-619.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LII, n. 3, 1998, p. 899-900.

\_\_\_\_. **Etica e tecnica del "giusto processo"**. Torino: Giappichelli, 2004.

\_\_\_\_. I modelli di garanzia costituzionale del processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno XLV, 1991.

CONTIPELLI, Ernani. Princípio da anualidade (ou anterioridade) eleitoral. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 66, 2009, p. 197-208.

COSTA, Adriano Soares. **Instituições de direito eleitoral**. 9. ed. rev., ampl. e

COSTA, Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COSTA, Tailaine Cristina. Justiça Eleitoral e sua competência normativa. **Paraná Eleitoral**, n. 1, v. 2, 2013, p. 99-114.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, n. 84, 1987.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Montevideo: BdeF, 2010.

\_\_\_\_. Prólogo a la edición em castellano, in LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, n. 66, São Paulo, 1992.

\_\_\_\_. Sobre a duração razoável do processo na Europa comunitária. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 44, 2011, P. 89-104.

DALMOTTO, Eugenio. Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata del processo, *in* CHIARLONI, Sergio (a cura di). **Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi**. Torino : Giappichelli, 2002.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Teoría general del proceso**: aplicable a toda clase de procesos. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

\_\_\_\_. **Teoría general de la prueba judicial**. 3. ed. Buenos Aires: Zavalía, 1974.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1, 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

\_\_\_\_. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. *In* TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**, v. II. 9. ed., rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2014

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**, v. I. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria Generale. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XIII. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966.

\_\_\_\_. **Istituzioni di diritto processuale**, 5. ed. Padova: CEDAM, 1989.

\_\_\_\_. **Instituições de direito processual**. 1. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

\_\_\_\_. La dottrina processualistica italiana: dall'azione AL "processo" (1864-1994). **Rivista di Diritto Processuale**, v. 49, n. 4, 1994, p. 911-925.

\_\_\_\_. Procedimento e processo (teoria generale). **Enciclopedia del Diritto**, n. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 1, n. 3, Porto Alegre, 2005.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**: e sua aplicação prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Pamplona: Civitas Ediciones, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría general del proceso**. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

GOMETZ, Gianmarco. **La certeza jurídica como previsibilidad**. Traducción de Diego Moreno Cruz y Diego Dei Vecchi. Madrid: Marcial Pons, 2012.

GRAZIOSI, Andrea. La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LXIII, n. 1, 2009.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, São Paulo, 2005, p. 71-79.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**, t. I, 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria del diritto**: approccio metodologico. Modena: Mucchi Editore, 2012.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

\_\_\_\_\_. **Codice civile e società politica**. 7. ed. Roma: Editori Laterza, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **O direito à duração razoável do processo**: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Machado, 1976.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, v. 353, Rio de Janeiro, 2001, p. 15-52.

\_\_\_\_. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 21, Porto Alegre, 1994.

\_\_\_\_. A doutrina dos frutos da árvore venenosa e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16.12.1993. **Revista da Ajuris**, n. 66, 1996, Porto Alegre, p. 61-84.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 3, 1961, p. 74-86.

\_\_\_\_. O código e o formalismo processual. **Revista da Ajuris**, n. 28, 1983.

LAMY, Eduardo de Abelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

LEAL, Vítor Nunes. Funções normativas de órgãos judiciários. **Revista de Direito Administrativo**, n. VI, 1946, p. 326-360.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEONE, Giovanni. **Trattato di diritto processuale penale**, v. I. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Infidelidade partidária e proteção da confiança. **Estudos Eleitorais**, v. 5, n. 1, 2010, p. 09-20.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, v. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

\_\_\_\_. Recensioni e Segnalazioni: Istituzioni di diritto processuale de Elio Fazzalari. **Rivista di Diritto Processuale**, anno 30, n. 3, 1975, p. 463-464.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed., 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **La certeza del derecho**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

LÓSSIO, Luciana. Infidelidade partidária para os cargos majoritários: análise de um caso concreto. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, ano 2, n. 3, 2010, p. 133-153.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código Eleitoral interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. O direito processual civil e a pós-modernidade. **Revista de Processo**, v. 204, 2012.

MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático? *In* BARROS, Jonathan; MALISKA, Marcos Augusto (org.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 265-293.

MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação de poderes. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 12, 2013, p. 13871-13884.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARCHETTI, Vitor. Governança eleitoral: o modelo brasileiro de justiça eleitoral. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, v. 51, Rio de Janeiro, 2008, p. 865-893.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.



\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**, v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, n. 379, 2009, p. 11-27.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, v. 1. Campinas: Millennium, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATSCHER, Franz. L'equo processo nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LX, n. 4, 2006.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional da anterioridade eleitoral. *In* FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 527-559.

MERKL, Adolf. **Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Comares, 2004.

MEZQUITA DEL CACHO, José L. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**: para su protección preventiva en la esfera privada, v. I. Barcelona: Bosch, 1989.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *In* TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix. **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular en las obligaciones. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NISS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos**: elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2. ed. Bauru: Edipro, 2000.

\_\_\_\_. **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Bauru: Edipro, 1996.

NIGRO, Mario. Decisione amministrativa. **Enciclopedia del Diritto**. v. XI. Milano: Giuffrè, 1962.

NUNES, Dierle. Uma breve provocação aos processualistas: o processualismo constitucional democrático. *In* ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

NUVOLONE, Pietro. Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 21, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. **Controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. Viragem jurisprudencial em matéria eleitoral e segurança jurídica: estudo do caso da declaração de inconstitucionalidade do recurso contra expedição de diploma pelo Tribunal Superior Eleitoral. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 83-105.

ORTON, Frank. Algumas características especiais do processo civil sueco. **Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro**, n. 54, 2011, p. 07-14.

OVALLE FAVELA, José. **Teoría general del proceso**. México: Harla, 1991.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. O direito fundamental à duração razoável do processo e a Corte Europeia dos Direitos do Homem. **Revista Jurídica**, n. 435, Porto Alegre, 2014, p. 37-64.

\_\_\_\_\_. A garantia da licitude das provas e o princípio da proporcionalidade no direito brasileiro. *In* PORTO, Sérgio Gilberto (org). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 165-190.

PAIM, Gustavo Bohrer; LO PUMO, Caetano Cuervo. Democracia, igualdade de oportunidades e o horário eleitoral gratuita: a nova redação do art. 47, § 2º, incisos I e II da Lei n. 9.504/97. **Estudos Eleitorais**, v. 9, n. 2, Brasília, 2014, p. 63-82.

PAULSEN, Leandro. **Segurança jurídica, certeza do direito e tributação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso, BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. **Direito eleitoral: aspectos processuais - ações e recursos**. Curitiba: Juruá, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2006.

\_\_\_\_\_. Do juízo ao processo. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Il principio del contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, anno LIII, n. 3, luglio-settembre, 1998.

PIOVESAN, Flavia, e IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. *In* ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PODETTI, Ramiro. Trilogia estructural de la ciencia del proceso civil. **Revista de Derecho Procesal**, I, Buenos Aires, 1944, p. 113-170.

PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. **Lições sobre teorias do processo**: civil e constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PORTO, Sérgio Gilberto, e USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena. **Rivista di Diritto Civile**, anno XLVIII, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. revista e acrescida. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 12. ed., rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

RECASENS SICHES, Luis. **Vida humana, sociedad y derecho**: fundamentación de la Filosofía del Derecho. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1952.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROSEMBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**, t. I. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955.

ROSITO, Francisco. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. **Revista de Processo**, n. 161, 2008, p. 21-38.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *In* ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SATTA, Salvatore. Diritto processuale civile. **Enciclopedia del Diritto**, n. XII. Milano: Giuffrè, 1964.

SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, 1988, p. 509-548.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Perspectivas atuais da “Teoria Geral do Processo”. In CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org). **Bases científicas para um renovado direito processual**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 55-78.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Celeridade *versus* economia processual. **Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Ficha limpa, a anterioridade eleitoral e a segurança jurídica. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 6, n. 10, 2010, p. 20-25.

TARUFFO, Michele. **La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Roma-Bari: Laterza, 2009.

\_\_\_\_\_. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LI, n. 2, 1997.

TARZIA, Giuseppe. Le principe du contradictoire dans la procédure civile italienne. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 33, n. 3, 1981, p.789-800.

TOFFOLI, José Antônio Dias. Breves considerações sobre a fraude do direito eleitoral. **Revista Brasileira de Direito Eleitoral**, ano 1, n. 1, 2009, p. 45-61.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

\_\_\_\_\_. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno LV, n. 2, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. **Revista Jurídica**, n. 281, 2001, p. 48-64.

VALE, André Rufino do. A garantia fundamental da anterioridade eleitoral: algumas reflexões em torno da interpretação do art. 16 da Constituição. **Estudos Eleitorais**, v. 6, n. 2, Brasília, 2011, p. 73-109.

VALEMBOIS, Anne-Laure. **La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français**. Paris: LGDJ, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil. In ROCHA, Cármen Lúcia Antunes; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo**, n. 27, 1982, p. 40-48.



VIORA, Mario. **Consolidazioni e codificazioni**: contributo alla storia della codificazione. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1967.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

WINDSCHEID, Bernhard. La "actio" del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la "actio"**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, v. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.