

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Leonardo Dias Saraiva

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS CASSAÇÕES DE
MANDATO ELETIVO PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

Belo Horizonte

2015

Leonardo Dias Saraiva

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS CASSAÇÕES DE
MANDATO ELETIVO PELO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Linha de pesquisa: Estado, constituição e sociedade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior.

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S243a Saraiva, Leonardo Dias
Aplicação do princípio da proporcionalidade nas cassações de mandato eletivo pelo Tribunal Superior Eleitoral / Leonardo Dias Saraiva. Belo Horizonte, 2015.
108 f.

Orientador: José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Princípio da proporcionalidade. 2. Justiça eleitoral. 3. Cassação (Direito).
4. Segurança jurídica. I. Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.8

Leonardo Dias Saraiva

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS CASSAÇÕES DE
MANDATO ELETIVO PELA JUSTIÇA ELEITORAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Mario Lúcio Quintão Soares – PUC Minas

Prof. Dr. Luis Carlos Balbino Gambogi – FUMEC

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2015

RESUMO

Tendo em vista a imposição legal de utilização do princípio da proporcionalidade na dosimetria da sanção que tem por consequência a cassação de mandatos eletivos, o trabalho busca analisar o emprego do referido princípio pela Justiça Eleitoral, verificando qual linha filosófica tem sido utilizada nas mais diversas decisões proferidas por essa justiça especializada. O trabalho discorrerá inicialmente (1) acerca do princípio da proporcionalidade, suas características, origem histórica e suas vertentes filosóficas de aplicação, para em seguida (2) verificar a compatibilidade dele com as especificidades da Justiça Eleitoral, com o relevante destaque para a aplicação nas ações que visam à desconstituição de diplomas outorgados a candidatos eleitos, que tem por característica o importante conflito entre o princípio democrático, decorrente do sufrágio, e os princípios da legitimidade e moralidade que devem permear a obtenção do mandato político. Na verificação descritiva das hipóteses de aplicação do princípio, (3) o trabalho mostra como a Justiça Eleitoral tem cuidado do tema, a partir da análise dos fundamentos apresentados nos julgados do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal, para, posteriormente, efetivar crítica a respeito das particularidades que têm sido utilizadas como fundamento para as decisões. Por fim, (4) trará o perfil dessas decisões.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Justiça Eleitoral. Cassação de Mandato Eletivo. Segurança jurídica. Padronização decisória.

ABSTRACT

In view of the legal obligation to use the principle of proportionality in the dosimetry of the sanction which result in the cancellation of elective offices, the paper analyzes the use of that principle by the Electoral Court, verifying that the philosophical line has been used in several decisions of this specialized justice. Work will talk first (1) on the principle of proportionality, its characteristics, historical background and its philosophical application of aspects to after (2) verify it compatible with the specifics of Elections, with significant emphasis on the application in action aimed at desconstitution diplomas granted to elected officials, whose feature the major conflict between the democratic principle, resulting from the suffrage, and the principles of legitimacy and morality that should permeate obtaining the political mandate. The descriptive verification of application of the principle of hypothesis, (3) the work presents as has the Electoral Court issue of care, from the analysis of the results observed in the trial of the Superior Electoral Court and the Supreme Court, to after effect criticism regarding particularities that have been used as a basis for decisions. Finally, (4) will bring the profile of these decisions.

Keywords: proportionality. Electoral Justice. Cancellation of elective mandate. Legal certainty. Operative standardization.

AGRADECIMENTOS

Só se pode viver perto de outro, e
conhecer outra pessoa, sem perigo de
ódio, se a gente tem amor. Qualquer amor
já é um pouquinho de saúde, um
descanso da loucura.

Guimarães Rosa, *Grande sertão: veredas*

Nada em minha vida é feito sem apoio de Deus, da minha família e dos meus amigos.

Obrigado a Deus por orientar meus atos.

Aos meus pais pela inspiração, pela formação, e pelos sacrifícios para realizar minhas pretensões, que acabam por se confundir com as deles, através de muito amor.

Ao meu irmão, Pedro, a quem serei sempre grato pela generosidade e solidariedade, que sempre priorizou a união familiar, com seu exemplo de caráter e amizade.

À Elisa, companheira, exemplo de dedicação, que traz amor, alegria e felicidade à minha vida.

Aos professores da PUC Minas, em especial aos professores Baracho e Álvaro, que deram novo ânimo à minha formação acadêmica, sempre generosos com os alunos. Da PUC agradeço ainda aos bons colegas que tive o prazer de conhecer ao longo do mestrado, dentre eles, “Boninho”, Barbara, Marília e Beatriz, ótimo grupo do qual tive o prazer de fazer parte.

Um agradecimento especial ao meu amigo Jamir Calili, grande incentivador deste projeto, sujeito que sempre dividiu comigo seu conhecimento. Você exemplifica o que há de melhor no conceito de amizade. Da mesma maneira, imprescindível a esse trabalho o suporte do grande amigo Bruno Mendonça, modelo de formação profissional, de humildade e de caráter.

Agradeço, ainda, aos bons amigos que tive o prazer de conhecer em minha vida profissional.

Aos amigos do Santos Rodrigues, através do Tarso de Tassis, com o qual tive ótima oportunidade de aperfeiçoar conhecimento.

Aos colegas da Oliveira Filho Advogados, através do brilhante advogado e amigo José Sad, grande conselheiro da vida profissional, talento excepcional, acompanhado de ética e bom trabalho.

E aos amigos da comunicação, com os quais tenho adquirido enorme aprendizado, agradecimento que faço em nome do amigo Narciso Portela, que assim como os demais demonstraram entusiasmo, paciência e compreensão com esse projeto.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	16
2.1. Principais influências externas do princípio da proporcionalidade no Brasil	20
2.1.1. Proporcionalidade: a influência germânica	20
2.1.1.1. A proporcionalidade em Alexy	24
2.1.2. Razoabilidade: a influência do Direito norte-americano	29
2.2. Críticas à proporcionalidade e à razoabilidade	36
2.3. A doutrina constitucional brasileira: a proporcionalidade e a razoabilidade	42
2.4. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	45
2.5 A proporcionalidade e a força da ideia da proibição de excesso	47
3. PROPORCIONALIDADE NO DIREITO ELEITORAL.....	50
3.1. Evolução histórica da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.....	55
3.2. Proporcionalidade, Isonomia e Paridade de Armas.....	57
4. ANÁLISE DAS DECISÕES DO TSE ACERCA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	61
4.1. Captação ilícita de recursos (art. 30-A, Lei 9.504/97).....	61
4.2. Condutas vedadas (art. 73 e ss., Lei 9.504/97).....	67
4.3 Abuso de poder político e econômico (art. 14, § 9º, CF/88 e 22 da LC 64/90)....	73
4.4 Excesso de doação – Pessoa Jurídica (art. 81, Lei nº 9.504/97).....	79
5. A JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL BRASILEIRA: AFINAL, QUE PROPORCIONALIDADE?.....	86
5.1. A proporcionalidade no TSE.....	86
5.2. A influência da teoria germânica em relação à proporcionalidade na jurisprudência.....	91

5.3 A influência da razoabilidade na jurisprudência.....	92
5.4 A forte relação da jurisprudência com a ideia de proibição de excessos e a proteção do princípio da soberania popular.....	94
6. CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS	

1. INTRODUÇÃO

A jurisprudência dos tribunais brasileiros é farta em anunciar em sua fundamentação a utilização da proporcionalidade e da razoabilidade como técnicas de decisão. Há nitidamente uma repercussão significativa da temática na doutrina e na jurisprudência, especialmente nos tribunais eleitorais, o que se traduz pela publicação de diversas obras jurídicas sobre a temática¹.

José Jairo Gomes, em *Direito Eleitoral*, afirma que

(...) atualmente dá-se grande destaque à ideia de proporcionalidade. No campo dos direitos fundamentais, ela se tornou um dos mais importantes vetores da interpretação constitucional, nomeadamente ante a possível incidência de mais de um princípio na mesma situação fática enfocada. (GOMES, 2014, p. 28)

Porém, não são pacíficos os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade, havendo inclusive autores que defendem serem os termos sinônimos ou que sua diferença não é nem estrutural nem funcionalmente relevantes². Há forte divergência sobre os critérios desenvolvidos com o objetivo de se alcançar uma decisão racional a respeito de um problema jurídico em que se vislumbram colisões de princípios ou direitos fundamentais. Não bastassem as divergências teóricas plausíveis sobre o tema, há na doutrina e na jurisprudência verdadeiro sincretismo metodológico que torna a questão ainda mais confusa. Eis o diagnóstico de Virgílio Afonso da Silva:

Ainda que menos propagadas do que os chamados princípios de interpretação constitucional, as listas de métodos de interpretação da constituição também são moeda corrente na literatura jurídica nacional. Se no caso dos princípios o grande problema reside no fato de que alguns deles em nada se diferenciam dos cânones

¹ GOMES, 2014, p. 28-33; MENDES, 2011, p. 26; RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, fls. 115. ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 521.

² Adotou-se nesta dissertação, em razão dos fins a que se propôs o estudo dos termos como se fossem coisas distintas, uma vez que na análise da jurisprudência eleitoral pode-se inclusive chegar à conclusão de que são utilizados como sinônimos. Mas necessário é que as distinções sejam estabelecidas conforme a doutrina majoritária para fins analíticos. Entre os autores que negam a diferenciação dos termos, cita-se Carvalho, para quem “com a devida vênia daqueles que buscam distinguir a razoabilidade e a proporcionalidade, entende-se que ambas as ideias encontram-se imbricadas, exigindo o exame dos meios e fins sob os três prismas já explicitados - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – no exercício das funções normativa e administrativa do Estado” (CARVALHO, 2008, p.144).

tradicionais da interpretação jurídica, de que alguns deles se assemelham de tal maneira que não há como descobrir a especificidade de cada um deles para justificar sua existência como princípio autônomos e de que, por fim, um dos princípios nem ao menos se refere à interpretação da constituição, já no caso dos métodos de interpretação constitucional o problema é outro. Não é a irrelevância de alguns deles ou a falta de diferenciação entre eles que limita a importância da discussão. O grande problema, nesse âmbito, é o sincretismo metodológico. (SILVA, 2010, p. 133)

O debate sobre proporcionalidade e razoabilidade, como métodos de limitação da atuação estatal sobre os indivíduos, surge desde a formação política dada pela Magna Carta Inglesa, de 1215, que prevê que o homem não deve ser punido por delito menor, senão na medida desse delito, e por crimes graves de acordo com a gravidade do delito (cf. GUERRA FILHO, 2010, p. 256). Todavia, é após a Segunda Guerra Mundial que a ideia de proporcionalidade ganha contornos constitucionais e se expande para os demais ramos jurídicos, especialmente os de Direito Público, com forte influência da literatura tedesca (cf. CARVALHO, 2008, p.126; GUERRA FILHO, 2010, p. 258).

No Brasil, é com a Constituição de 1988 e a consolidação progressiva de um Estado Democrático de Direito que a proporcionalidade ganha relevância nos estudos doutrinários e jurisprudenciais. A saída de um regime político autoritário para um Estado Democrático de Direito permitiu que o legalismo e a suposta aplicação mecânica e acrítica do direito fossem substituídos por um discurso menos rígido e mais voltado para a efetividade do direito (BARROSO, 2010, p. 271), robustecendo o protagonismo do Judiciário no arranjo institucional.

Na etapa evolutiva do Estado Constitucional brasileiro que se seguiu ao fim do regime militar, o histórico e antidemocrático modelo latino-americano, voltado apenas ao crescimento do Poder Executivo – no qual o Judiciário era submetido ao controle dos poderes políticos tradicionais ao ser convertido, em termos práticos, em um dos vários “departamentos” do aparato burocrático do Estado – foi desarticulado pela CF/88, que dotou os órgãos judiciais de competências para conter a expansão dos demais Poderes e para promover a justiça social³.

³ Concebido como um verdadeiro poder político, o Judiciário se viu, na década de 1990, perante um Estado minimalista nas prestações sociais que, acuado pelo poder do mercado e pela volatilidade do capital, não atendia às expectativas da sociedade democrática: diante do crescente déficit de legitimidade das arenas majoritárias, a população foi compelida a buscar a concretização de garantias individuais e direitos fundamentais no aparato judicial, alternativa efetiva à fragilidade das estruturas governamentais tradicionais. Na visão mais ampla das instituições brasileiras proporcionada pelo

É claro que isso não significa que a aplicação do direito pelos tribunais tenha progredido ou se aperfeiçoado. Trata-se somente de constatar, neste momento, a emergência e o estabelecimento, em bases sólidas, de um novo discurso jurídico após o Estado Democrático de Direito, que tem como base – dentre outros aspectos – a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação da lei.

No contexto da literatura jurídica sobre a proporcionalidade tal debate revela que os autores, em sua maioria, defendem o uso da proporcionalidade como critério de decisão, como um avanço no modelo hermenêutico, superando uma visão menos estreita do que seria a aplicação do direito, própria do positivismo jurídico. Apesar disso, não se pode deixar de concordar com Virgílio Afonso da Silva (2010) que há na doutrina uma profusão de conceitos e métodos sincréticos sobre a proporcionalidade e a razoabilidade, muitas vezes empregados de forma assistemática e não científica.

É possível perceber, portanto, duas situações que conduzirão ao problema que guiará esta pesquisa. Em primeiro lugar, a conceituação de proporcionalidade e de razoabilidade não é clara no âmbito dos debates estabelecidos na doutrina e na jurisprudência. Muitas vezes, há o uso impróprio dos conceitos já elaborados, em uma dualidade perigosa e não sistematizada de forma adequada. Isso leva a alguns equívocos. Não que o julgador ou a doutrina não possa elaborar novos conceitos sobre a proporcionalidade ou razoabilidade. A crítica aqui é ao uso desses conceitos atribuídos a determinadas vertentes teóricas, distorcendo-os.

Nesse sentido, é possível perceber na jurisprudência que o uso indiscriminado da proporcionalidade conduz à desvalorização da regra, superestimando-se os princípios. O outro ponto, decorrente desta questão, refere-se à ideia de que o aplicador das normas poderá utilizar-se de apreciações subjetivas, o que tornaria a investigação judicial incontrolável (ÁVILA, 2012, p. 27-28). Como se pode observar, é inquestionavelmente necessária uma investigação mais apurada sobre o tema, eis que tais constatações devem ser consideradas hipóteses sobre o comportamento da jurisprudência nacional.

olhar em perspectiva, esse movimento não só foi responsável pela decantada “explosão da litigiosidade”, mas também pelos questionamentos aos limites da “capacidade institucional” do Judiciário e, por extensão, do respeito à liberdade de conformação concedida pela Constituição Federal de 1988 aos demais Poderes.

Não se pode deixar de reconhecer a importância da proporcionalidade e da razoabilidade para a teoria do direito contemporâneo e em especial para o Direito Eleitoral. Ocorre que poucos estudos sistematizados de análise da jurisprudência pátria foram realizados até o momento sobre a aplicação da proporcionalidade; nenhum específico na seara eleitoral, não obstante sua importância significativa, especialmente em se tratando de um ramo jurídico que visa regular e proteger uma aquisição fundamental da nova república: os direitos políticos.

Feitas essas considerações, deve-se destacar que o problema que se pretende responder nesta pesquisa pode ser assim formulado: qual o conceito de proporcionalidade e da razoabilidade utilizado pelo Tribunal Superior Eleitoral no julgamento das controvérsias eleitorais que envolvem ilícitos passíveis de serem penalizados com cassação de mandatos eletivos? O objetivo desta dissertação, portanto, é avaliar a aplicação pelo Poder Judiciário – Justiça Eleitoral – do princípio da proporcionalidade, nos diversos tipos/ilícitos eleitorais que têm por finalidade a cassação de mandatos eletivos.

É que o princípio da proporcionalidade assume extrema relevância na dosimetria das sanções eleitorais, especialmente após a edição da Lei Complementar nº 135, a conhecida Lei da “Ficha Limpa”, que introduziu na Lei Complementar nº 64 o conceito de gravidade da conduta, alterando a compreensão acerca da proporcionalidade, extinguindo a verificação da potencialidade da conduta e determinando a imperativa verificação da “gravidade das circunstâncias” que caracterizam o ato tido por ilícito, modificação essa que, aliás, compatibiliza o texto legal com a compreensão que já vinha adotando o Tribunal Superior Eleitoral acerca do tema.

Vale dizer: as ações que visam a cassação de mandato eletivo têm como pressuposto para sua procedência o requisito descrito no inciso XVI do art. 22 da Lei Complementar nº 64, qual seja: *“para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”*. O conceito aberto de “gravidade da conduta” assume, portanto, o referencial de aplicação do princípio da proporcionalidade, passando a ser o marco regulatório da linha tênue que diferencia o ato irregular da prática abusiva suficiente para cassação do mandato eletivo, sendo esse o princípio jurídico que dá sustentação ao princípio democrático em

confronto à legitimidade do pleito e à igualdade de oportunidades necessárias ao regular processo eleitoral.

Desta feita, imprescindível o estudo das características desse princípio, para após verificar sua adequação estrutural ao entendimento construído pelo Tribunal Superior Eleitoral, que adota diversas variáveis que podem vir a repercutir nessa ideia de gravidade/lesividade, tais como a importância do cargo; a quantidade de votos em disputa; o poderio econômico e político dos candidatos; a gravidade do ato em si; o resultado do pleito, dentre outros.

Verificar-se-á se os critérios adotados pelo Tribunal Superior Eleitoral se adequam ao conceito de proporcionalidade, realizando-se estudo da compreensão de proporcionalidade tanto no direito interno, como no direito alemão e norte-americano, em especial sob o ângulo do clássico trinômio adequação/necessidade/proporcionalidade em sentido estrito; da ideia de ponderação de Robert Alexy e da interpretação de razoabilidade da teoria utilitarista e procedimental do direito norte-americano. Será analisado, ainda, se o Tribunal substituiu os conceitos teóricos apresentados pela teoria do direito contemporânea por um padrão próprio e inovador de proporcionalidade e razoabilidade, específico e controlável intersubjetivamente.

O estudo está estruturado em seis capítulos, incluindo esta introdução.

O capítulo **2** é dedicado ao princípio da proporcionalidade, apresentando seus conceitos, tanto no direito brasileiro, como nos Estados Unidos, no Direito Alemão, especialmente através de Robert Alexy, analisando conceitos como os da proibição do excesso, e os subprincípios da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a fim de conferir uma ampla e global compreensão do tema. Serão, ainda, expostas as críticas aos princípios em análise.

O capítulo **3** descreve a proporcionalidade no Direito Eleitoral, partindo da evolução histórica da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de alcançar as atuais diretrizes que vêm sendo utilizadas como critério para a compreensão da lesividade do ato, trabalhando a diferenciação entre proporcionalidade e gravidade da conduta e os objetivos a serem alcançados para a legitimidade da obtenção do mandato eletivo, tais como a paridade de armas e a igualdade de oportunidade entre os candidatos.

O capítulo **4** explora as decisões do Tribunal Superior Eleitoral acerca do princípio da proporcionalidade, tratando as hipóteses relevantes de aplicação do princípio, tais como nos processos por arrecadação e gastos ilícitos de recursos (art.

30-A, Lei 9.504/97), as condutas vedadas a agentes políticos candidatos à reeleição (art. 73, Lei 9.504/97), os feitos que tratam de abuso de poder político e econômico (art. 22, LC 64/90) e os processos em que se cuida de excesso em financiamento eleitoral por parte de pessoas jurídicas, procedimento esse que, embora não acarrete a cassação de mandato, tem acentuada importância não só pela discussão em torno do financiamento das campanhas, mas pelas graves sanções impostas, tais como a inelegibilidade e a proibição de contratar com o Poder Público, consequência que pode implicar até mesmo o encerramento das atividades econômicas de empresas que obtêm suas receitas majoritariamente de contratos públicos.

No capítulo **5**, será feita uma análise comparativa entre a doutrina tratada no capítulo 3 e o que vem sendo decidido pelas Cortes Eleitorais no Brasil, efetivando críticas e apontando caminhos para estabelecer uma adequação doutrinária por ocasião da aplicação principiológica.

No capítulo **6**, formulam-se as considerações conclusivas do trabalho.

2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Inicia-se aqui a parte geral deste trabalho, no qual serão abordadas as concepções sobre proporcionalidade e razoabilidade com o objetivo de estabelecer as premissas da investigação e as teorias que foram consideradas no estudo da jurisprudência eleitoral brasileira. Com isso, busca-se percorrer o pano de fundo da problemática e familiarizar-se com as principais questões que estão envolvidas no debate. Neste primeiro momento, faz-se uma abordagem do contexto histórico geral sobre a proporcionalidade.

Os debates doutrinários e jurisprudenciais contemporâneos dão forte relevo à técnica da proporcionalidade sob o fundamento da adoção de um paradigma de Estado que vá além da perspectiva positivista do direito. Assim, a compreensão do tema é importante para dar fundamento para a análise da jurisprudência eleitoral que será realizada.

A proporcionalidade surge como técnica de decisão e de fundamentação das decisões como reação à perspectiva da legitimação do poder político baseado exclusivamente na ideia de legalidade. É preciso asseverar, para compreender o tema, que jusnaturalistas e positivistas dominaram o debate jurídico sobre legitimidade das decisões políticas e judiciais com o foco principal no critério de origem da norma. Enquanto os jusnaturalistas consideravam legítimas as normas que derivaram de alguma espécie de Direito Natural, sendo esse acessado por meio de uma autoridade que possuía contato direto com a autoridade divina ou com a própria natureza das coisas, os positivistas rejeitavam essa perspectiva considerando o direito como fruto de mera convenção social sendo a legitimidade do direito uma questão de vigência da norma⁴.

A técnica de proporcionalidade surge então sob uma nova perspectiva do direito:

⁴ Sobre as diferentes concepções de positivismo ver, além de Dimoulis (2006), Bobbio (2006) e Cruz e Duarte (2013). O conceito de positivismo é muito abrangente. Mas, quando se pensa no positivismo como um modelo contraposto à jus filosofia do período medieval, devem-se destacar as seguintes características: abordagem do direito como fato, e não como valor; coação como elemento da norma jurídica; a lei emanada do poder legislativo como fonte predominante do direito; a norma como um comando imperativo; o direito como um ordenamento de normas, devendo ser analisado de forma coerente e como se fosse completo; defesa de uma interpretação jurídica mecanicista, pela subsunção; e a lei como algo a ser obedecido, independente do seu conteúdo ético (BOBBIO, 2006, p. 131-134).

Um dos princípios que norteia o Estado Democrático de Direito contemporâneo – espécie de organização social em que vivemos (ou pretendemos viver) – é o de que os atos estatais não devem apenas emanar de uma autoridade política escolhida pelo povo e ser resultado de procedimentos preestabelecidos: os atos praticados em nome de um Estado Democrático de Direito também devem ser legítimos. No atual estágio da democracia, isso significa que esses atos devem refletir os valores e interesses da população, em virtude do dogma de que todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido. Contudo, a definição de quais são os valores e interesses de um povo é sempre muito problemática. E em uma sociedade plural como a nossa, na qual são muito variados os interesses e valores das pessoas e grupos que compõem a população, essa questão atinge um grau de complexidade que a torna praticamente insolúvel. (COSTA, 2008, fl. 11)

Assim, a legitimidade das decisões políticas e jurídicas deixa de ser uma questão de origem do direito e passa a incorporar também questões de eficácia e de justiça⁵. Isso significa que não basta que o Direito aplicado seja o definido com certeza e exatidão pelo legislativo, mas que seja o que, também, atenda os objetivos da sociedade⁶. Logo, a norma jurídica não deve ser entendida como algo que deva ser aplicado somente no esquema do tudo ou nada. É nesse contexto que surgem os debates sobre princípios e regras e as perspectivas da razoabilidade e da proporcionalidade, como critérios norteadores de uma análise que vai além do formalismo, exigindo tratamento adequado de juízos de valor.

Mas além do estudo sobre a proporcionalidade sob o enfoque teórico, é preciso verificar se a construção jurisdicional do conceito baseia-se em premissas teóricas coerentes ou se trata de mera retórica que tenta ocultar o decisionismo.

⁵ O hediondo regime nazista desvendou aos olhos do mundo a inadequação das diversas teorias positivistas que circunscreviam o ordenamento jurídico à mera manifestação de poder das autoridades constituídas. Na sociedade alemã, a neutralidade do positivismo – aliada ao Poder Judiciário docilmente servil à barbárie – encarregou-se de destruir, por completo, o conteúdo ético do Direito. Editados em círculo de separação rigorosa e absoluta entre Direito e Moral, os atos judiciais eram a expressão bruta das ações políticas atrozes do Nacional Socialismo e os procedimentos judiciais se converteram em simples simulações, baseadas em acusações e métodos arbitrários de produção/qualificação das provas.

⁶ O mundo ainda estarecido pelos horrores do nazismo viu florescer, em meio aos escombros e aos esforços de reconstrução física e moral da Europa, o surgimento e desenvolvimento de teorias antipositivistas que resgatavam a exigência de justiça material do Direito, dentre as quais se destacou a “Fórmula de RADBRUCH”. Em linhas gerais, o intelectual alemão preconizava a necessidade de conciliação entre o direito natural e critérios de racionalidade no discurso jurídico, por meio da harmonização entre justiça, segurança jurídica e interesse público, valores alçados à categoria de absolutos. Seu argumento da extrema injustiça – “onde não há sequer uma busca da justiça, onde a igualdade, núcleo da justiça, é deliberadamente traída na criação do Direito positivo, então, a lei positiva não é apenas ‘Direito defeituoso’, mas carece por completo da própria natureza de Direito” (RADBRUCH, 2006, p. 07) – teve profundo impacto na ciência jurídica e influenciou importantes autores contemporâneos, como Alexy, MacCormick e Bustamante.

Neste capítulo, no entanto, o objetivo, como já se disse, é estabelecer as premissas teóricas da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade tem por escopo a solução de conflitos entre princípios ou direitos fundamentais. A proporcionalidade, embora não esteja disposta expressamente na Constituição da República, é utilizada como meio interpretativo e com a finalidade de aplicação do direito, emergindo, especialmente, quando se tem um possível excesso praticado por ato em restrição a direito fundamental. Vale dizer, esse princípio impõe a proteção do indivíduo contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, que causem danos ao cidadão maiores que o indispensável para a proteção dos interesses públicos (cf. GOMES, 2003, p. 50).

Apesar da sua predominância contemporânea na fundamentação das decisões judiciais, inspiradas especialmente sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, não se trata de conceito totalmente novo.

A origem do princípio da proporcionalidade decorre do conceito de justiça elaborado no direito ocidental, mais precisamente no século III a.c., na obra *Ética e Nicômano*, de Aristóteles, segundo o qual o justo na justiça distributiva “*é o meio-termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio-termo, e o justo é o proporcional*” (ARISTÓTELES, 1996, p.199).

O princípio da proporcionalidade emerge, ainda, das penas estabelecidas e aplicadas pelo Código de Hamurabi, que, embora severas, traduzem uma almejada proporção entre o crime e a penalidade, porquanto se adotava a ideia de que o castigo imposto devia ser proporcional ao crime praticado. Do mesmo modo, ao estabelecer a adequação entre o delito e a pena, a Carta Magna de 1215 previu o princípio da proporcionalidade, dentre outros trechos, ao dispor que “*o Homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito*”. Também constam elementos de proporcionalidade na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França, que estabelecia que a lei só poderia proibir as ações nocivas e com as penas necessárias.

Entretanto, foi na França que surgiu a ideia de proporcionalidade como limite à atuação do Estado: os atos administrativos eram impugnáveis por meio do Recurso por Excesso de Poder, instrumento manejável perante o Conselho do Estado que tinha por objeto o exercício de um juízo de proporcionalidade das

medidas administrativas restritivas, impedindo-se, assim, a concretização de penas excessivas com fundamento em normas legais (cf. BARROS, 2003, p. 42-43).

Já no que diz respeito ao direito sancionador, Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, estabeleceu que deveria existir um equilíbrio entre o crime e a respectiva punição, assim como a interpretação razoável da lei punitiva e de acordo com a gravidade do ato lesivo, eis que somente a partir dessas premissas o infrator teria a tendência de deixar de praticar os atos mais graves, garantindo uma maior segurança e liberdade.

Mas talvez a mais importante alteração conceitual que aproximou o princípio da proporcionalidade da sua conformação nos dias atuais tenha surgido a partir da segunda metade do século XX, por meio da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que, após passar pelos horrores do regime nacional-socialista praticados com amparo no princípio da legalidade, passou a adotar uma dimensão valorativa do Direito, utilizando-se de outras fontes que não somente a normativa, sendo o princípio da proporcionalidade mecanismo para a relativização dos critérios unicamente legais⁷.

Dentro desse contexto histórico, pode-se compreender que o princípio da proporcionalidade hoje adota todas essas dimensões históricas, desde a proporção entre a sanção e o delito, a proibição do arbítrio e do excesso praticado pelos atos administrativos, sendo ainda instrumento interpretativo e valorativo de direito, compatibilizando direitos fundamentais aparentemente conflitantes.

Necessário, então, fazer uma incursão na construção teórica contemporânea sobre a proporcionalidade, focando-se, principalmente, nas contribuições alienígenas de maior impacto no Direito Brasileiro.

⁷ Conforme GOMES, 2014, fls. 28, “Assinala Toledo (2003, p. 65) que a proporcionalidade surgiu como princípio geral do Direito logo após a II Guerra Mundial; exerceu forte influência no incremento e na expansão do controle de constitucionalidade, mormente no que respeitou à proteção dos direitos fundamentais. Posteriormente, foi convertida em princípio constitucional por obra na doutrina e jurisprudência, sobretudo na Alemanha e Suíça”.

2.1. Principais influências externas do princípio da proporcionalidade no Brasil

Não se pode negar que a ideia de ponderação encontra diferentes vertentes na teoria do direito. Mas duas abordagens são especialmente importantes para a doutrina e jurisprudência nacional: razoabilidade e proporcionalidade. Ambas nascem como instrumentos limitadores dos excessos e abusos dos Estados: os Estados não podem agir conforme a vontade das autoridades, mas devem agir de forma aceitável, racional e justa. Mas a diferenciação entre razoabilidade e proporcionalidade não é pacífica, havendo posições dissonantes dentre as quais destaca-se, inclusive, a perspectiva que nega qualquer diferenciação entre elas.

Entre aqueles que distinguem os dois princípios é pacífica a compreensão de que ambos têm funções similares, apesar de possuírem uma suposta assimetria estrutural. Importante, portanto, verificar como essa diferenciação é tratada na jurisprudência e se é tratada. Para esta análise mister se faz o estudo que se seguirá sobre a forma teórica com que essas abordagens têm sido construídas pela doutrina hegemônica da teoria do direito. É o que será feito a seguir.

2.1.1 Proporcionalidade: a influência germânica

Como já tratado, a ideia de proporcionalidade tedesca surge no pós-guerra, como forma de combater os excessos estatais amparados em normas aparentemente legítimas. Assim como no Brasil, a jurisprudência alemã acolheu o princípio da proporcionalidade como forma de controle direto da legitimidade do ato estatal, identificando uma colisão de direitos fundamentais que não pode ser resolvida pela mera exclusão de uma norma – concepção dworkinada do tudo ou nada –, pelo que exige uma ponderação de interesses (COSTA, 2008, p. 131).

Amparada inclusive no momento histórico de sua origem, a jurisprudência alemã correlaciona o princípio da proporcionalidade [*Verhältnismässigkeit*] ao conceito de proibição do excesso [*Übermassberbot*], pelo que o princípio surge como forma interpretativa de direitos fundamentais, efetivando uma ponderação de

valores, para avaliar a razoabilidade das diversas possibilidades de interação entre os valores em jogo.

Canotilho descreve os riscos de obter-se critérios para a solução de conflitos entre direitos fundamentais:

Como se deduz das considerações do texto, as normas dos direitos fundamentais são entendidas como exigências ou imperativos de otimização que devem ser realizadas, na melhor medida possível, de acordo com o contexto jurídico e respectiva situação fática. Não existe, porém, um padrão ou critério de situação fática. Não existe, porém, um padrão ou critério de solução de conflitos de direitos válido em termos gerais ou abstractos. A “ponderação” e/ou harmonização no caso concreto é, apesar da perigosa vizinhança de posições decisionistas (F. Müllher), uma necessidade ineliminável. Isto não invalida a utilidade de critérios metódicos abstractos que orientem, precisamente, a tarefa da ponderação e/ou harmonização concretas: “princípio da concordância prática” (Hesse); ideia do melhor equilíbrio possível entre os direitos colidentes (Lerche). (CANOTILHO, 2008, p. 1.141)

Parece claro do exposto que a pretensão de se alcançar uma solução adequada para a colisão de direitos ou de princípios passa pelo conceito de justiça e pela força/peso do direito envolvido, no determinado caso em análise, pelo que a grande evolução do direito alemão se situa dentro do campo dos critérios que se deve estabelecer para que o aplicador almeje a solução mais adequada dentro do campo da proporcionalidade, impondo ao intérprete a obtenção de uma decisão, na medida do possível, mais proporcional e justa.

Vale transcrever o conceito geral de proporcionalidade no direito alemão de acordo com Virgílio Afonso da Silva:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples relação de meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem predefinida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade. (SILVA, 2002, p. 30-31)

Destacada a inovação de se estabelecer critérios de aplicação dos princípios e dos direitos fundamentais, “na medida do possível”, a grande dificuldade reside na elaboração de um parâmetro metodológico de adequabilidade prática, sendo que o princípio da proporcionalidade se situa justamente no âmbito de incidência desse procedimento. É, pois, grande referencial na pretensão de justiça e validade das normas na hipótese de colisão de princípios, direitos e interesses, especialmente quando não se pode aplicar a concepção do “tudo ou nada”, pelo que estabelece critérios quando da aplicação dos direitos na maior medida possível.

A influência germânica é inequívoca no arsenal teórico brasileiro. Primeiro, na utilização da proporcionalidade como método de solução de conflitos entre direitos fundamentais. Depois, na adoção, pelo menos retórica, dos seus elementos, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito⁸. Uma prova desta afirmação é extraída de manifestação do Ministro Gilmar Mendes ao justificar o uso da proporcionalidade para solução de controvérsia jurídica submetida ao Supremo Tribunal Federal:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito).

⁸ É importante repisar os conceitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, descritos de forma didática por Raquel Melo Urbano Carvalho. Para ela, “há adequação quando uma determinada medida consiste no meio certo para levar à finalidade almejada. Os meios devem ser próprios em face do fim público perseguido na espécie”. Por sua vez, “uma medida é necessária quando, considerando as possibilidades de atuação concreta na realidade em questão, a conduta escolhida é aquela que implica menor restrição aos interesses dos sujeitos atingidos pelo comportamento administrativo”. Por fim, verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito, “se a medida constringe de modo proporcional em face do bem comum que a justifica, (...) se após a ponderação, denota-se que o meio utilizado é desproporcional em relação à finalidade pública, deve-se reconhecer o caráter desarrazoado da medida”. (CARVALHO, 2008, p. 128-130).

O pressuposto da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. Os requisitos da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. (MENDES, 1994, p. 475)

A influência da proporcionalidade alemã é clara tanto no Direito Constitucional como um todo, mas também no Direito Eleitoral, tal como se extrai da descrição da proporcionalidade realizada por José Jairo Gomes, que define, na obra *Direito Eleitoral*, as elementares principiológicas descritas na teoria alexyana:

Adequado significa o que é idôneo, viável, para que o resultado almejado possa ser alcançado, promovendo ou contribuindo para o fomento ou a realização desse resultado; trata-se, pois de uma relação de conformação ou correlação de meios e fins. Esclarece Alexy (2007, p. 110) que, por essa regra, fica excluído “o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem pelo menos, fomentar a realização de um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir”. Pela adequação, não é necessário que o objetivo seja efetivamente realizado, bastando que o promova ou fomente.

Necessário é o que – seja também adequado – se apresenta menos gravoso (ou menos danoso) para o atingimento do objetivo visado. Por essa regra, de dois meios que fomentem igualmente um princípio (P1), deve-se escolher aquele que menos intensivamente intervém no princípio colidente (P2). Em outros termos, um ato que restrinja um princípio fundamental (P!) é necessário se o objetivo que se pretende fomentar ou realizar por esse ato não puder ser fomentado ou realizado por outro que fira em menor medida o princípio colidente (P2).

Proporcional em sentido estrito constitui uma exigência de ponderação ou sopesamento dos princípios colidentes. É o que sendo também adequado e necessário, impõe o menor ônus e menor restrição ao princípio ou direito cuja incidência é afastada na espécie. (GOMES, 2014, p. 29)

Assentada a influência tedesca, para melhor compreensão do tema, imprescindível adentrar na doutrina de Robert Alexy, um dos autores germânicos de maior influência na doutrina e jurisprudência brasileira.

2.1.1.1 A proporcionalidade em Alexy

Não se tem a pretensão, no âmbito desta dissertação, de aprofundar em toda a contribuição de Alexy para o Direito. Limitar-se-á a tratar de sua Teoria dos Princípios⁹ e sua implicação para a “máxima da proporcionalidade”, de extremo relevo ao que se pretende estudar no presente trabalho. Feito esse registro, Alexy cria sua Teoria dos Princípios como forma de superar a concepção de Ronald Dworkin a respeito de princípios e regras, com vistas à aplicação específica no seio do Tribunal Constitucional Alemão¹⁰. A principal contribuição dessa teoria é a consagrada distinção entre princípios e regras. Para o autor, “essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito” (ALEXY, 2012, p. 85).

Segundo Alexy, tanto os princípios como as regras devem ser considerados normas, pois reproduzem imposições de dever ser. A característica distintiva¹¹ entre as espécies de normas caracteriza-se pela diferença qualitativa – tese forte –, que detém grande relevo na aplicabilidade.

Desta feita, enquanto os princípios devem ser considerados como mandamentos de otimização, devendo ser realizados na maior medida possível, as regras são normas que devem ser sempre satisfeitas ou não satisfeitas, em sua integralidade:

⁹ Não se adentrará de forma mais enfática, por exemplo, na fórmula peso de Alexy, lei da colisão, tampouco nos conceitos de subsunção e nas características da ponderação de princípios, que, embora importantíssimos, poderiam gerar perda de foco no presente estudo.

¹⁰ O autor deixa claro em diversas oportunidades que a aplicação de sua teoria restringir-se-ia ao Direito Alemão e a sua aplicação pelo Tribunal Constitucional Alemão. A esse respeito, é importante consignar que, “embora se possa verificar tratar-se de um modelo relacionado a uma reconstrução de uma experiência jurídica de um determinado país em momento específico de seu desenvolvimento constitucional, a sua recepção ultrapassou fronteiras, pretendendo-se dar um caráter de “universalidade” ou racionalidade “universal” à concepção principiológica de Alexy, como se fosse imediatamente válida para toda e qualquer ordem jurídica de Estado constitucional (NEVES, 2013, p. 63).

¹¹ Existem diversos critérios distintivos na teoria, aos quais não se adentrará, eis que não são o foco do estudo: “Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. (...) Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento” (ALEXY, 2012, p. 87-89).

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

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regra e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2012, p. 90-91)

Extraí-se, pois, que, enquanto as regras são aplicadas ou não em sua totalidade¹², os princípios são utilizados de forma gradual.

Assim sendo, os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, a depender das possibilidades tanto jurídicas quanto fáticas a serem dadas pelo caso concreto. Isso não tira dele o seu caráter deontológico, pois seus mandamentos devem ser cumpridos. Já no que diz respeito às regras, o mandamento a ser cumprido deve ser feito exatamente nos termos do estabelecido, possuindo “determinação na extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2012, p. 104).

É importante asseverar que o próprio Alexy reconhece que sua distinção não difere tanto da proposta de Ronald Dworkin, pelo que é incisivo quanto à sua maior contribuição: “a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização” (ALEXY, 2012, p. 91). A importância da caracterização do princípio enquanto mandamento de otimização se dá, especialmente, pela possibilidade de satisfação do princípio em maior ou menor grau (gradualidade).

A relevância dessa distinção se dá no âmbito de aplicação, sendo fundamental a distinção no que diz respeito ao conflito entre regras e princípios. É que, de acordo com a estrutura normativa, critério diverso de solução de conflitos deve ser aplicado.

¹² As regras podem prescrever ações em diferentes graus, o que não lhes retira a característica de mandados de determinação.

Mais precisamente, quando duas regras entram em conflito, ou se introduz uma cláusula de exceção, ou se declara uma das regras inválida. Nesse caso, não se aplica qualquer juízo de grau, apenas utiliza-se critério de validade:

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade. (ALEXY, 2012, p. 93)

Já quando se verifica uma colisão entre princípios, um deles deverá ceder ao outro. O princípio cedente, no entanto, não deixa de ser válido em outra oportunidade, havendo apenas uma relação de precedência, naquelas condições. Conforme destaca Alexy, o fato de um princípio ter tido precedência sobre o outro, naquele caso específico não quer dizer que, sob outra condição, a precedência possa ser resolvida de maneira oposta (ALEXY, 2012, p. 93). Ou seja: em um determinado caso específico, um princípio terá mais peso que o outro, o que não quer dizer que seja mais importante, posto que em outra situação específica o resultado pode ser justamente o oposto.

Exemplificando quanto ao objeto do trabalho, em um determinado caso, mesmo com a presença de um ilícito, o princípio democrático pode ser suficiente para a manutenção de um mandato eletivo, tendo precedência sob a isonomia da disputa ou sobre o princípio da paridade armas do direito eleitoral. Isso não quer dizer, entretanto, que sempre será assim: em outro ilícito, o princípio da isonomia na disputa, violado por uma determinada conduta ilícita, pode ser suficiente para preceder o princípio democrático e, portanto, culminar na cassação do mandato eletivo.

É dentro dessa lógica que Alexy formulou seu conceito de “peso” do princípio – e a sua “fórmula peso”, que, apesar de possuir extrema relevância, não justifica ser tratada nesse trabalho –, que se dá pelo que Alexy descreve ser uma relação condicionada de precedência e que pode ser assim sintetizada:

Em um caso concreto, o princípio P_1 tem um peso maior que o princípio colidente P_2 se houver razões suficientes para que P_1 prevaleça sobre P_2 sob as condições C , presentes nesse caso

concreto. (...) “C”, como “condição de precedência” desempenha tanto o papel de condição de uma relação de precedência quanto o papel de pressuposto fático de uma regra. (ALEXY, 2012, p. 97-98)

Esse é, em síntese, o que pode ser denominado de procedimento de ponderação entre os princípios, que pode ser resumido como o resultado que se alcança a partir de colisão entre princípios em uma determinada situação específica. Desse resultado, dessa ponderação, fixa-se uma fórmula – uma regra –, para casos futuros com mesma circunstância fática.

Esse procedimento deve partir de premissas razoáveis, racionais, ocasião em que o procedimento de ponderação deve ter como fundamento o que ele denomina de máxima da proporcionalidade, que é quem deve fornecer subsídios e respostas por ocasião da colisão entre princípios jurídicos. E é dentro da própria natureza desses princípios que se extrai os subprincípios da proporcionalidade, já referidos nessa dissertação: adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2012, p. 116-117).

Conforme destaca o Ministro Gilmar Mendes:

A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo. Nesse aspecto, o princípio da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de certo direito fundamental. (MENDES, 2012, p. 26)

Pela teoria exposta, os subprincípios da proporcionalidade devem ser observados como critérios que dão racionalidade para a decisão a ser tomada, sendo, portanto, essenciais para o exercício completo da máxima da proporcionalidade.

Segundo leciona RIBEIRO (2015, p. 107),

Enquanto a idoneidade – ou seja, a adequação dos meios ao fim pretendido – e a necessidade – ou seja, a inexistência de meios menos gravosos para se atingir o objetivo visado – expressam o mandado de otimização no plano fático, numa análise das condições materiais para a realização do efeito, adotando-se a causa idônea e necessária, o princípio da proporcionalidade trata da otimização relativa às possibilidades jurídicas, limitando-se, portanto, a essas possibilidades o campo da ponderação.

Assim, Alexy não só estabelece um modo geral de método para a decisão através da proporcionalidade, mas desenvolve um modelo esquemático para que o magistrado possa explicitar a forma como chegou ao resultado da aplicação da proporcionalidade. Para dar, então, efetividade à lei da ponderação, o autor alemão desenvolve a fórmula peso baseado na teoria da escalação, atribuindo-se “pesos”, ou “grandezas”, distintos de um princípio em relação ao outro (RIBEIRO, 2015, p. 106).

Segundo essa fórmula, quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro, sendo que para isso deve-se atribuir pesos, ou grandezas, aos princípios envolvidos.

Não interessa aqui a descrição matemática da fórmula e sua pormenorização, já que extrapolam os objetivos deste trabalho. O mais importante é compreender o sentido geral da fórmula, no sentido defendido por Bustamante, para quem “seu caráter estritamente formal, longe de reduzir o raciocínio jurídico a um formalismo, é talvez sua maior vantagem” (BUSTAMANTE, 2006, p. 96). Para Bustamante, a fórmula é um empreendimento teórico que tem por objetivo a formulação de uma teoria procedimental da argumentação jurídica, estabelecendo regras de como se deve argumentar, não podendo ser concebida como enunciação de preceitos definitivos (Idem).

As principais críticas a esta construção doutrinária alexyana podem ser resumidas, segundo Ribeiro, no fato de que “o método de Alexy acabaria deixando uma decisão obscura ao ocultar o decisionismo, do qual ele supostamente tenta se afastar” (RIBEIRO, 2015, p. 107-108), crítica que, segundo o autor, parece insuperável.

Com esses apontamentos, consideram-se abordadas de maneira suficiente para os propósitos desta dissertação as contribuições de Alexy, de modo que poder-se-á perceber se a jurisprudência eleitoral em algum momento adota tais pressupostos metodológicos na solução dos conflitos.

2.1.2 A razoabilidade: a influência do direito norte-americano

Tal como a proporcionalidade, a razoabilidade é aquisição contemporânea do Estado de Direito, mais propriamente do meio do último século até os dias atuais. Ocorre que nas experiências monárquicas absolutistas os atos estatais não estavam sujeito a nenhum tipo de controle, e nem mesmo no início do Estado de Direito, em que as Constituições se focavam especialmente na estrutura do Estado e nas limitações ao poder estatal, que eram predominantemente formais quanto ao exercício do poder. Isso não quer dizer que não houve debates e aplicação destes critérios em ocasiões esporádicas e pontuais, tal como o desenvolvimento da categoria jurídica da *reasonableness* britânica, focado especialmente nos atos administrativos do Executivo (COSTA, 2008, p. 49).

O critério de razoabilidade passa a ser exigido também dos atos legislativos especialmente no início do século XX. Em sistemas jurídicos do *Common Law*¹³, marcados pela sólida e histórica aderência aos precedentes, na qual cada Tribunal está estritamente vinculado há séculos à jurisprudência dos órgãos superiores (BUSTAMANTE, 2012, p. 92), as referências doutrinárias e suas modificações se situam, naturalmente, nos procedimentos. A razoabilidade, nesse panorama, vincula-se ao devido processo legal – *due process of law* –, interessando a este trabalho o devido processo substantivo, donde se extrai a presença dos *standards*, que

não são regras de conteúdo definido, mas uma espécie de referências ao senso comum, de padrões de normalidade que servem como parâmetro para a avaliação da razoabilidade (entendida como aceitabilidade social) de alguns comportamentos. (COSTA, 2008, fl. 54)

Nesse ponto específico, é na doutrina norte-americana que a ideia da razoabilidade encontra desenvolvimento mais robusto. Nesse sistema, o juiz busca, a partir das particularidades das situações de fato e da regra do precedente, determinar os limites do razoável nos casos concretos (CANOTILHO, 2008, p. 260). Nos sistemas europeus, especialmente no francês, a forte deferência que a revolução trouxe ao

¹³ Vale dizer que em sistemas de *Common Law* há uma dupla pretensão na decisão: resolver o caso em apreço, mas também estabelecer referência para os casos futuros, pelo que se deve deixar claro os motivos e os valores utilizados como referência para a formulação da decisão.

Poder Legislativo¹⁴, especialmente em relação ao princípio democrático e da soberania popular, não deixou campo fértil para o desenvolvimento teórico deste mecanismo de controle da aplicação das leis aos casos concretos, tendo se desenvolvido muito mais recentemente de que o modelo norte-americano (COSTA, 2008, p. 49-52).

No Direito norte-americano a razoabilidade se desenvolveu principalmente sob a ótica do devido processo legal, tendo se iniciado sob o aspecto procedimental e se aperfeiçoado no aspecto substantivo. Do ponto de vista procedimental exigia-se que qualquer poder dado ao Estado para ser válido fosse fruto de um procedimento justo e adequado [*a fair process*]. Do ponto de vista substantivo, que é o que mais interessa a esta dissertação, o *due process of law* caracterizou-se pela construção de garantias aos cidadãos contra atos estatais arbitrários e injustificados, uma vez que os atos estatais, além de passarem por um procedimento justo, deveriam ter em seu conteúdo limitações ou exigências que pudessem ser consideradas razoáveis.

O devido processo legal norte-americano, introduzido na Constituição de 1789, por meio da 5ª Emenda¹⁵, era compreendido apenas para se garantir um processo adequado. É que, no primeiro século da Constituição, não se estabeleceu a força atual da emenda, até mesmo porque à época utilizava-se apenas a *Bill of Rights* como forma de proteção a direitos fundamentais, de aplicação direta¹⁶.

A cláusula do devido processo apenas ganhou relevo em 1868, com a aprovação da 14ª Emenda, que teve por consequência a possibilidade de se impor aos estados os direitos consagrados no *Bill of Rights*. A emenda estabeleceu que nenhum estado federado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal. Desta feita, o *Bill of Rights* passou a servir como forma de limitação dos Estados da Federação, restringindo a discricionariedade das assembleias legislativas.

¹⁴ Segundo HÄBERLE, a separação radical dos Poderes é elemento essencial do Estado Constitucional francês (1997, p. 50).

¹⁵ Segundo a 5ª emenda, ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem devido processo legal.

¹⁶ O *Bill of Rights* cumpria duas finalidades: 1) proteger o povo contra o interesse do Governo e 2) proteger a minoria, da maioria. Segundo Madison, *The Federalist*: “A grande importância da república não é apenas a guarda da sociedade contra a opressão das regras, mas guardar uma parte da sociedade contra as injustiças da outra parte” (AMAR, 1998, p. 7).

Assim, o devido processo legal desdobrou-se em formal¹⁷ e substantivo, interessando a este trabalho esse segundo (*substantive due process*), que supera o conceito procedimental formal¹⁸ do magistrado frente ao caso e incorpora os conceitos de justiça e adequação. Eis o que ensina J.J Gomes Canotilho a respeito: “A teoria substantiva está ligada à ideia de um processo legal justo e adequado, materialmente informado pelos princípios da justiça, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei” (CANOTILHO, 2000, p. 482).

No mesmo sentido se posiciona Barroso, para quem, se num primeiro momento o princípio da razoabilidade estava puramente ligado ao aspecto procedimental, associado aos direitos do contraditório e ampla defesa, num segundo momento teve um caráter mais material, “por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador” (BARROSO, 2010, p. 256).

Como se nota, a ideia do processo legal substantivo é uma construção histórica paulatina do direito norte-americano, sendo que, por muito tempo, a jurisprudência norte-americana debruçou-se no trabalho de encontrar e desenvolver um teste de razoabilidade a ser aplicado nos casos controversos. Desenvolveram-se então os *standards*, critérios que possibilitavam aos juízes a avaliação supostamente objetiva do que seria razoável. Os *standards* – diferentemente dos subprincípios da proporcionalidade do direito alemão – não são um rol de critérios elencados pela doutrina americana, mas referências de algumas decisões judiciais que estabelecem padrões ou referências de normalidade, que dão o norte ao controle da razoabilidade.

¹⁷ Através do *due process of law*, em sua característica formal, o juiz deve obedecer aos ritos, bem como seus demais aspectos que circundam o processo sem, portanto, eivá-lo de nulidade, ou suprimir quaisquer garantias das partes. Esse princípio é a garantia que a parte tem a respeito das expectativas do processo, sem inovações que possam comprometer seu direito. Em resumo: é a regularidade formal em todo o procedimento já preestabelecido pela Lei.

¹⁸ Na lição de Humberto Ávila, “na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* chama a atenção a relação de reciprocidade entre os direitos fundamentais, por um lado, e a organização e os procedimentos, por outro. Nesse sentido, afirma-se inclusive que a ‘realização dos direitos fundamentais por meio da organização e de procedimentos’ é ‘uma das tendências mais importantes da interpretação mais recente dos direitos humanos’ (BVerfGE 53, 69 – 71 e ss.). Como HESSE observou pertinentemente, a organização e o procedimento muitas vezes são possivelmente o único meio para se produzir um resultado em conformidade com os direitos fundamentais (HESSE, Konrad. EuGRZ (1978): 427 e ss.). Nessa direção, o *Bundesverfassungsgericht* desenvolveu uma jurisprudência segundo a qual se constatou que os órgãos estatais não apenas têm o dever de respeitar os direitos fundamentais materiais, mas de dotá-los também de eficácia por meio de um correspondente dimensionamento de procedimentos. Do contrário, o seu teor substancial poderia ser afetado. De acordo com essa jurisprudência, tem especial significado a garantia de uma proteção jurídica efetiva, contida no art. 19, § 4º, da LF” (ÁVILA, 2010, p. 464).

Dentro do contexto de *common law*, após a 14ª Emenda à Constituição norte-americana, era necessário estabelecer uma forma de aplicação, por parte da jurisprudência, do caráter substantivo do devido processo legal. Embora já houvesse manifestações a esse respeito nos votos dissidentes dos *Slaughterhouse Cases*¹⁹, o julgado que alterou claramente a compreensão do Suprema Corte Americana e consolidou o devido processo substantivo foi o célebre caso *Lochner versus New York*, de 1905, que, ao tratar de norma que limitava o trabalho de uma determinada classe (padeiros), assim compreendeu:

O direito geral de fazer um contrato em relação ao próprio negócio é parte da liberdade do indivíduo protegida pela 14ª Emenda à Constituição Federal (...) Quanto a esses casos, é sempre possível questionar: É justo razoável e apropriado exercício do poder de política do estado, ou é irrazoável, desnecessária e arbitrária interferência no direito do indivíduo à sua liberdade pessoal a estabelecer contratos em relação ao trabalho que lhe possam parecer apropriados ou necessários para o seu sustento e de sua família? É claro que a liberdade de contrato relacionada ao trabalho envolve as duas partes. Uma tem tanto direito de comprar trabalho quanto a outra tem de o vender. Essa não é uma questão de substituir o julgamento do legislativo pelo da Corte. Se a lei estiver dentro do poder do estado ela é válida, embora o julgamento da corte possa ser totalmente oposto ao estabelecido de tal lei. Mas a questão permanece: está dentro do poder de polícia do Estado? E essa questão deve ser respondida pela corte. (...) A lei deve ter uma relação mais direta entre meios e fins, e a finalidade mesma precisa ser apropriada e legítima, antes que possa ser considerada válida uma lei que interfira com o direito geral de um indivíduo de ser livre em sua pessoa e em seu poder de contratar quanto ao seu próprio trabalho. (...)

Nós acreditamos que o limite ao poder de polícia foi alcançado e ultrapassado nesse caso. (...) Pensamos que não há qualquer dúvida razoável de que a profissão de padeiro, em si própria, não é prejudicial à saúde a um tal grau que autorizaria o legislador a interferir no direito ao trabalho e no direito à liberdade de contrato dos indivíduos, seja na qualidade de empregados ou empregado.²⁰

¹⁹ Foram nos *Slaughterhouse Cases* que a Suprema Corte Americana analisou a constitucionalidade de uma lei da Louisiana que estabelecia para uma certa empresa privada o monopólio do abate de animais na cidade de Nova Orleans durante um período de 25 anos. Dessa lei, decorreu o fim de diversos abatedouros. Os açougueiros prejudicados pela norma ingressaram em juízo, sendo que, em primeira instância, tal lei foi declarada inválida por violação às 13ª e 14ª emendas. No entanto, a Suprema Corte reverteu essa decisão, apesar de votos dissidentes.

²⁰ United States Supreme Court. "Lochner v. People Of State Of New York (1905)". In <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/198/45.html#sthash.SDr5kGXv.dpuf>. Acesso em 01/11/2015

Como se pode verificar, “a Corte reconheceu a possibilidade de que os estados restringissem as liberdades individuais, desde que houvesse uma relação adequada entre os fins perseguidos e meios instituídos pelas leis e que as finalidades mesmas pudessem ser consideradas adequadas e legítimas”. É importante consignar que “afirmou-se claramente os critérios a serem utilizados (adequação entre fins e meios e legitimidades dos fins) e concluiu-se que a norma em questão não passava no teste” (COSTA, 2008, p. 71).

Com base nesse *leading case*, restou autorizado às Cortes que declarassem a inconstitucionalidade de leis, se considerassem que elas não se adequavam a critérios de razoabilidade. Mas como caracterizar uma determinada legislação como irrazoável baseada nos critérios acima mencionados?

Para responder a esta pergunta, deve-se antes ter em mente que o desenvolvimento destes critérios não foram lineares e sem críticas. Não interessa neste trabalho repassar descritivamente todo o histórico do desenvolvimento da razoabilidade. Importante, contudo, fazer um breve resumo a fim de estabelecer alguns pontos gerais e já consolidados da razoabilidade.

Como já se afirmou, o primeiro momento da razoabilidade baseou-se no controle de adequação entre meios e fins. Porém, no caso *Lochner v. New York*, a Suprema Corte passou a fazer um controle mais estrito sobre as finalidades eleitas pelo legislador. Segundo Costa,

Com isso, a Corte passou a declarar a inconstitucionalidade das leis de cujo conteúdo a maioria dos seus membros discordasse. Nas palavras de Bernard Schwartz, já não se tratava de uma avaliação de razoabilidade: “A Corte, ao aplicar o devido processo dessa maneira, chegou perto de exercer as funções de um ‘superlegislador’, colocando-se como um virtual supremo censor da sabedoria da legislação”.²¹ (COSTA, 2008, p. 72)

Com a fadiga da Era *Lochner* e as críticas ao papel ativo da Suprema Corte, o controle da razoabilidade passa a entrar em uma nova fase, liderada especialmente pelo Justice Oliver Wendell Holmes, que criticou as intervenções da Corte ao assumir o papel do Legislativo que seria o de decidir qual a melhor teoria econômica. Holmes propôs um novo entendimento para o *due process* baseado em

²¹ A ocorrência era e é a toda evidencia preocupante, pois poderia autorizar o Poder Judiciário a exercer funções de “superlegislador” (SCHWARTZ, 1979, p. 205), sem o elementar componente democrático inserido nas decisões legislativas.

um teste de razoabilidade. Holmes propôs um modelo de razoabilidade que se baseasse na seguinte pergunta: pode ser dito que um homem racional e razoável [*rational and fair*] consideraria que a lei é contrária aos princípios fundamentais da Constituição? Esse posicionamento passou a ser dominante na jurisprudência norte-americana e se traduz na seguinte pergunta: “poderiam legisladores racionais ter entendido a lei como um método razoável de garantir a saúde, segurança, moral e bem estar da população?” (COSTA, 2008, p. 58).

Assim, para a Suprema Corte ficaria o encargo de analisar se os fins eleitos pelo legislador eram no mínimo razoáveis, não competindo aos juízes avaliar a sua conveniência ou não.

O certo é que esse processo evolutivo consolidou a percepção de que nenhum direito é absoluto e que todas as restrições a direitos constitucionais, sejam elas impostas pelo legislativo ou executivo, necessitam de justificativa mais forte que a usual. Neste contexto emerge a teoria do *strict scrutiny* em que quaisquer limitações a direitos fundamentais só poderiam ser consideradas razoáveis se estivéssemos diante de um perigo real e iminente.

Mas mesmo a teoria do *strict scrutiny* não era aceita sem ressalvas tendo em contraponto a doutrina do *status privilegiado* – *preferred status doctrine* – que considerava que alguns direitos, devido a sua importância capital, podem fazer jus a um tratamento diferenciado (COSTA, 2008, p. 76).

Essas doutrinas sofreram muitas críticas que afirmavam ser seus critérios fortemente subjetivos e que concediam ao Poder Judiciário um poder excessivo de controle e substituição do parlamento. A decadência do Estado Liberal e a emergência de um Estado mais interventor em razão das reformas do *New Deal* fizeram com que a perspectiva do *substantive due process* entrasse em crise especialmente em razão da excessiva imposição de proteção a direitos individuais que favoreciam especialmente direitos econômicos e de propriedade desacreditados. A Suprema Corte começou a dar interpretações mais extensivas a outras previsões constitucionais, como a *contract clause* e a *equal protection*.

O mais curioso é que, embora a doutrina do devido processo tenha se transformado em um controle de razoabilidade e tenha emergido neste cenário uma defesa maior das limitações da Corte ao se intrometer em escolhas políticas e debater sua conveniência, o período que se seguiu não foi um período de *self-restraint*,

podendo ser considerado um período de forte ativismo judicial conduzido pela Corte Warren²².

O certo é que o *due process* nunca saiu de cena na jurisprudência norte-americana, tendo ocupado eventualmente um papel de menor protagonismo em relação à *equal protection*, mas sempre marcando espaço como uma aquisição do sistema judicial daquele país. Assim, além da proteção ao devido processo legislativo, o que aconteceu não foi sua substituição, mas sua aplicação concomitante com a *equal protection*:

A cláusula do equal protection, com certeza, não proíbe todas as classificações legais. Ela não proíbe todas as classificações legais. Ela proíbe apenas aquelas que são arbitrárias e irrazoáveis. A classificação pela lei não é apenas constitucional, mas desejável e necessária; é quase impossível conceber uma lei que não a emprega de alguma forma. Mas, não obstante quão necessária seja tal classificação, é uma função que se presta a abusos e é esse o abuso que a equal protection clause busca prevenir. O que é classificação arbitrária, ou quando uma classificação se torna discriminação? Não há, é claro, uma resposta fácil e concisa, mas diversos princípios gerais foram formulados pela Suprema Corte, os quais jogam alguma luz sobre o problema.

Em primeiro lugar, é claro que se o direito coloca pessoas em classes diferentes, as classes precisam diferir uma das outras. Precisa haver, em outras palavras, uma base de classificação em qualquer lei precisa ter uma conexão racional com os objetivos da lei. É adequado classificar pessoas de acordo com a idade a respeito do direito de votar, a dirigir um carro ou frequentar escolas públicas; mas colocar pessoas em grupo de idade para determinar quem pode ter propriedade ou ser responsável por taxas relativas à propriedade seria usar uma base de classificação por demais irrelevante para o objetivo de qualquer direito válido. (CUSHMAN, 1958, p. 768)

Bem, não interessa aqui o aprofundamento e o detalhamento rigoroso da história jurisprudencial norte-americana. Embora seja possível perceber as diferentes formas de desenvolvimento do critério da razoabilidade, o certo é que o cerne deste método de aplicação do direito encontra-se na ideia de harmonia entre meios e fins, à qual o legislador deve se vincular e à qual o Poder Judiciário deve se referir para controlar a constitucionalidade das leis.

²² O caso que melhor marca esse período é o caso *Brown v. Board of Education*, no qual se declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas.

E, nesse ponto, José Jairo Gomes, amparado nos conceitos do *due process of law*, consigna a incorporação da doutrina norte-americana ao Direito Eleitoral Brasileiro:

Já nos EUA, a ideia de razoabilidade encontra-se ligada ao denominado *substantive due process of law*; garantia fundamental de caráter material ou substancial. Foi desenvolvida pela Jurisprudência da Suprema Corte, sobretudo a partir da década de 1930. Trata-se de princípio interpretativo, segundo o qual, os atos do Estado devem se harmonizar com as ideias de justiça, equidade e “direito justo”. Tem-se em vista a proteção do cidadão contra intervenções ou limitações indevidas ou arbitrárias impostas pelo poder público a direitos tidos a uma análise de legitimidade e compatibilidade ou adequação entre o objetivo almejado e o meio escolhido para alcançá-lo. O ato só será razoável se houver compatibilidade entre os direitos empregados e os fins visados, devendo estes ser legítimos. (GOMES, 2014, fl. 32)

Essa afirmação é importante de ser destacada uma vez que, se de fato a jurisprudência eleitoral adotou esta forma de interpretar, o certo é que o uso do termo proporcionalidade não é adequado, ou estaria associado mais à ideia norte-americana de razoabilidade do que à ideia tedesca de proporcionalidade. Sobre esses pontos voltar-se-á em momento oportuno, sendo agora necessário debater outras características dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

2.2. Críticas à Proporcionalidade e à Razoabilidade

Diante da constatação de que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade têm como fundamento de aplicação a restrição ao excesso praticado por ocasião de aplicação de norma. Tanto as críticas à proporcionalidade quanto à razoabilidade se direcionam para o mesmo alvo. De plano, deve-se demonstrar a primeira preocupação quanto a uma possível aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade se deve a conflito entre o Poder Judiciário e o Legislativo. Como dispõe Paulo Bonavides:

A aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional num determinado

ordenamento jurídico, como aparelho de salvaguarda dos direitos fundamentais para frear a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional, suscita de necessidade o grave problema do equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário. (BONAVIDES, 2013, fls. 434)

Desta feita, a aplicação dos aludidos princípios deve ter cautela para que não transforme o remédio limitador em instrumento apto a impedir ou cercear a ação do Poder legitimamente constituído para levar a cabo a elaboração das leis, o Poder Legislativo, instaurando o que Bonavides denomina poderia vir a ser um “Estado de Juízes”. Logo, a primeira crítica não é pertinente aos princípios em si, mas em possível aplicação indiscriminada dos mesmos, que poderia levar a um desequilíbrio de funções do Estado. A advertência é pertinente e justifica o próprio estudo do princípio, a fim de criar balizas sólidas de aplicação, a fim de evitar o uso indiscriminado dos princípios de natureza constitucional.

Superada a advertência realizada, quanto às características do princípio em si, a primeira crítica realizada fora elaborada por Fortshoff, positivista, segundo o qual a aplicação do princípio da proporcionalidade não poderia exceder o Direito Administrativo para alcançar o Direito Constitucional, visto que seria essa uma mudança qualitativa do princípio, que culminaria na limitação da liberdade do legislador para formular leis, impedindo sua função mais peculiar. A crítica, no entanto, não foi bem recebida, porquanto, segundo Hans Schneider, “*a transformação de um princípio de Direito Administrativo em princípio de Direito Constitucional não constituía novidade; já acontecera com os princípios da responsabilidade e da certeza*” (BONAVIDES, 2013, fls. 443).

A ressalva mais contundente é, no entanto, de Eberhard Schmidt, um dos grandes críticos da expansão do princípio da proporcionalidade, segundo o qual:

O emprego do princípio da proporcionalidade, derivado do sistema de direitos fundamentais, representa quase sempre uma decisão, em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, e por isso não pode pleitear reconhecimento geral (BONAVIDES, 2013, p. 443)

A dificuldade de se fundamentar as decisões nas quais se aplica o princípio constitucional enquanto limitador de normas e preceitos realmente parece ser algo

considerável, porquanto amplia de forma significativa o poder discricionário do julgador, sendo difícil a criação de um critério geral e abstrato que oriente a aplicação principiológica. Nesse ponto, é razoável a preocupação com eventual decisionismo e com a já mencionada possível violação às funções originalmente estabelecidas aos poderes. A esse respeito, vale transcrever o que Hans Huber assenta sobre os princípios de natureza aberta, tais como os da proporcionalidade e da razoabilidade:

De modo especial os princípios abertos do direito se tornam perigosos quando transpõe as respectivas fronteiras, abandonando dessa maneira os seus conteúdos. É aí que eles favorecem deslocamentos secretos de poder na organização do Estado, tais aqueles, por exemplo, ocorridos entre juiz e legislador e legislador e administrador, conforme se há demonstrado. (HUBER *apud* BONAVIDES, op. cit, p. 444)

Essas críticas estão em sentido muito próximas às realizadas ao princípio da proporcionalidade e à lei de ponderação desenvolvidas por Alexy. Segundo seus críticos, ao tentar fugir da discricionariedade positivista, Alexy acaba retornando a ela de maneira circular. Segundo Cruz:

Alexy parece não perceber que, ao admitir possibilidades de que a lei da ponderação possa estabelecer-se de forma desconectada da realidade, sua teoria acaba definitivamente retornando ao paradigma positivista. Primeiro porque pretende cindir a interpretação em duas, eis que seu pós-positivismo se limita à aplicação dos princípios enquanto o emprego de regras ainda ficaria sob a égide do positivismo e de seus métodos de interpretação. Segundo, porque, ao dizer que as “regras de prevalência da ponderação” podem ser fixadas abstratamente em caráter definitivo, abandona qualquer perspectiva linguístico-pragmática legada pela hermenêutica como analítica existencial, desde Heidegger e Gadamer. Logo, perdem-se até mesmo as condições de possibilidade para o conhecimento, que dirá então das condições de validade do mesmo. (CRUZ, 2007, p. 295)

Essa perspectiva alexyana teria resultado no retorno às noções de lacuna e discricionariedade próprias do positivismo ou, talvez, até a uma posição ainda mais chocante para os positivistas que seria a possível desdiferenciação sistêmica entre direito e moral (cf. RIBEIRO, 2015, p. 121). Neste mesmo sentido argumentam Carvalho Netto e Scotti que a admissão de múltiplas possibilidades de decisões corretas, o que faz com que Alexy acabe por admitir que cabe ao aplicador escolher aquela mais conveniente (cf. CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2011, p. 116-117).

Não bastasse, ao questionar a legitimidade da jurisdição constitucional no esquema clássico de repartição de competências, Habermas aponta, com propriedade, que, ao contrário de uma crença bastante disseminada, “a existência de Tribunais Constitucionais não é autoevidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do Estado de Direito. E, mesmo onde eles existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos –, há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e da legitimidade de suas decisões” (HABERMAS, 1997, p. 298).

Consolidado em forte argumentação conceitual, o pensamento habermasiano não se limita à superficialidade do modelo tradicional da diferenciação maniqueísta entre democracia popular x elitismo judicial (com o objetivo de desqualificar a jurisdição constitucional) e tirania da maioria parlamentar x juízes garantidores de direito (com o propósito de legitimar a atuação judicial): a crítica formulada por HABERMAS é dirigida, sobretudo e dentre outros aspectos, ao crescente emprego, pelo Tribunal Constitucional alemão, de fórmulas de ponderação de princípios e de valores (HABERMAS, 1997, p. 321-322).

Na síntese de Vírgilio Afonso da Silva e Conrado Mendes da teoria habermasiana, “dois seriam os principais problemas desse sopesamento: em primeiro lugar, haveria o perigo de que o seu caráter teleológico e apontado para o caso concreto pudesse levar ao sacrifício de direitos fundamentais, caso a caso, em favor de objetivos coletivos; além disso, o sopesamento entre valores ou entre princípios não seria um procedimento baseado em critérios racionais e, por isso, seria realizado de forma arbitrária ou irrefletida” (SILVA e MENDES, 2008, p. 210).

Paulo Gustavo Gonet Branco acrescenta que Habermas “recusa o argumento de que os juristas, porque supostamente distanciados da política, atuariam sob o signo de uma racionalidade superior à do legislador”, ressaltando que “se soma à crítica da falta de racionalidade no processo de ponderação por parte dos juízes constitucionais o argumento de que a ponderação pelo tribunal constitucional seria, ainda, ilegítima, por escapar do papel que se reserva à Corte no interior de uma sociedade democrática, assentada na definição de direitos pelos próprios cidadãos, tidos, assim, como destinatários e autores das normas postas” (BRANCO, 2008, p. 105).

Em verdade, essa crítica é ainda mais contundente no direito norte-americano: “A mais influente crítica que o juízo de ponderação recebeu, no plano

acadêmico – o minucioso estudo “Constitutional Law in the Age of Balancing”, de Alexander Aleinikoff – sistematiza várias objeções habitualmente lançadas ao juízo de ponderação, justamente por não encontrar um critério racional sob o qual tal exercício se realize”, destacando-se “os problemas da ausência de um critério objetivo que permita comparações entre valores e interesses em atrito e da falta de método para as apreciações emitidas nos julgamentos (...) o método padece da falta de uma escala de valores externa ao subjetivismo do juiz que o guie na comparação dos interesses que deve sopesar” (BRANCO, 2008, p. 122-123).

Contudo, salienta Virgílio Afonso da Silva que a literatura registra fortes contra-argumentos de autores de expressão²³: “Em linhas gerais, HABERMAS é contestado por (a) desconhecer o real papel que o recurso dos valores desempenhou na jurisprudência do Tribunal alemão; (b) superestimar a possibilidade de que todas as normas jurídicas sigam uma racionalidade incondicional, universal e absoluta; e (c) simplificar a forma pela qual a harmonização de princípios ou de valores é levada a cabo pela jurisprudência” (SILVA e MENDES, 2008, p. 218).

Em obra de doutoramento, Paulo Gustavo Gonet Branco aponta uma crescente preocupação dogmática com a condição de racionalidade do discurso de ponderação – especialmente com a sua fundamentação – e a tentativa de conciliá-la com o postulado democrático-representativo do respeito ao legislador.

Citando a experiência canadense²⁴, demonstra que “as próprias constituições democráticas preveem essa fórmula de fiscalização judicial dos atos dos representantes do povo (...) o controle por órgão não-representativo seria, assim, resultado de decisão do próprio povo, titular do poder constituinte originário”²⁵, acrescentando que “a prática da ponderação se afirma, nas jurisdições constitucionais e no corpo majoritário da doutrina, como indeclinável e sem alternativa a que se recorrer. A ponderação se apresenta como ínsita à prática

²³ Capitaneados por ROBERT ALEXY, 1994, p. 75-76, e 1996, p. 1.031.

²⁴ “A inquietação produz experiências como a do Canadá, voltada a mitigar a supremacia do Judiciário na formulação de juízos de valor. Intenta-se, ali, entabular um diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário, mediante a possibilidade de revisão, pelo próprio parlamento, da lei censurada pela Corte e pela possibilidade de se superar a decisão judicial, mantendo-se a opção legislativa criticada, ao menos durante um certo tempo. Dessa forma, argúi-se, prolonga-se o debate público sobre a valoração em causa e se enseja solução mais solidificada nas convicções da sociedade” (BRANCO, 2008, p. 173).

²⁵ Mesmo críticos da ponderação, enquanto proporcionalidade em sentido estrito, descartam a gravidade do problema da legitimidade democrática de uma Corte Constitucional que nulifica deliberações de representantes do povo, indagando: “Quanto do problema da legitimidade resta, uma vez que a jurisdição constitucional está estabelecida pela própria Constituição?” (SCHLINK, Bernard. “The dynamics of constitutional adjudication”. *Cardozo Law Review*, vol. 17, 1995-1996, p. 1.238).

judicante sob uma Constituição composta por princípios de fecundo cariz axiológico e político. Não se descarta, em toda parte, porém, a pertinência dos problemas de legitimidade levantados, que acabam por se insinuar nas posturas de maior ou menor contenção das cortes e na busca insistente de critérios legitimadores da ponderação” (2008, p. 136 e 374).

Analisando a controvérsia sob o enfoque do modelo luhmanianno dos sistemas, Marcelo Neves assinala que a técnica de ponderação é absolutamente compatível com a natureza e a extensão das atividades atribuídas às Cortes Constitucionais, até mesmo porque “o código binário puro – lícito/ilícito – é uma forma vazia e inoperante”:

Embora sempre atuando no âmbito de programas condicionais, o procedimento jurisdicional, em sua atividade controladora do poder, tem que se orientar também, em grau maior ou menor, de acordo com programas finalísticos. Pense-se apenas no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Evidentemente o “sentença” do programa condicional referente à decisão judicial sobre a constitucionalidade só pode ser formulado e concretizado após amplas ponderações programático-finalísticas. (NEVES, 2008, p. 94)

Contudo, é evidente que, sob a lógica de harmonia e independência entre os Poderes, o Judiciário não foi projetado institucionalmente para decidir sobre toda e qualquer matéria²⁶, até mesmo porque sua capacidade cognitiva não é ilimitada (a racionalidade argumentativa jurídica é falível e parcial). De fato, se o legislador e o administrador sopesaram, de modo objetivo e justificável, as fontes de conhecimento disponível (MENDES, 2012, p. 172), o Judiciário não dispõe de legitimidade para proceder ao juízo de adequação ou sensatez da medida, pois os demais Poderes “têm a prerrogativa da avaliação e de decisão na escolha dos diversos caminhos potencialmente apropriados para o alcance do objetivo de uma lei” (Ibidem, p. 173).

Verifica-se, pois, que as críticas relativas à proporcionalidade e à razoabilidade se situam, primordialmente, no campo de aplicação, e têm semelhança com a crítica realizada a princípios de característica e conceito abertos, porquanto

²⁶ Tendo por parâmetro a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Humberto Ávila destaca que “o princípio da separação dos poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A liberdade seria previamente reduzida, se, posteriormente à adoção da medida, o aplicador pudesse dizer que o meio escolhido não era o mais adequado. Um mínimo de liberdade de escolha é inerente ao sistema de divisão de funções. Cada Poder deve conservar uma prerrogativa de avaliação” (ÁVILA, 2010, p. 16). A mais paradigmática decisão nesse sentido é o célebre caso Cannabis (*BVerfGE* 90, 145).

conflitam com uma pretensa padronização decisória, e com eventual desequilíbrio de forças entre os poderes do estado, havendo sempre uma preocupação com eventuais aplicações desarrazoadas do princípio, que culminaria em decisionismo e em ativismo judicial. A crítica deve ser objeto de preocupação quanto à utilização do princípio no direito eleitoral e será mais bem tratada ao longo dessa dissertação.

2.3. A doutrina constitucional brasileira: a proporcionalidade e a razoabilidade

Não há dúvidas de que a doutrina e a jurisprudência nacional aderiram às teses de aplicação do Direito baseado na utilização da ponderação através das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade. A ideia da proporcionalidade e da razoabilidade não são desconhecidas da doutrina constitucional brasileira. Isso não significa, porém, que a dogmática e a jurisprudência utilizem desses métodos de forma sistemática ou coerente, não sendo difícil "perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior" (SILVA, 2010, p. 116).

Segundo o professor paulista, reafirmando que há diferenças entre proporcionalidade e razoabilidade, afirma que

Nos últimos anos, a regra da proporcionalidade vem despertando cada vez mais o interesse da doutrina brasileira e são inúmeros os trabalhos produzidos sobre o tema. Muitas vezes, no entanto, ela é encarada como mero sinônimo de razoabilidade, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência.

Partindo não só do pressuposto de que essa identificação é errônea, mas também de que nem sempre a regra da proporcionalidade tem sido tratada de forma clara e precisa (...). (SILVA, 2005, p. 23)

Este é o mesmo diagnóstico de Gustavo Ferreira Santos para quem

Padece, ainda, a utilização do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de certa imprecisão na sua definição e na sua aplicação, aparecendo este instrumento, em via de regra, associado ao princípio da razoabilidade. (SANTOS, 2004, p. 205)

Interessa aqui traçar linhas gerais da visão adotada sobre a proporcionalidade e a razoabilidade na doutrina nacional, especialmente no direito público e na teoria do direito, cientes, porém, de que tais visões, apesar de possuírem certa hegemonia no debate nacional, não são representativas da totalidade das percepções possíveis sobre o tema em solo nacional. Tratar-se-á, portanto, de apresentar algumas visões representativas do pensamento predominante.

Virgílio Afonso da Silva, destacado defensor da teoria alexyana no Brasil, afirma que proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos, prestigiando a diferenciação exposta nesta dissertação, uma vez que a proporcionalidade se distinguiria por uma racionalidade traduzida em três sub-regras, enquanto a razoabilidade "ou é um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins" (SILVA, 2008, p. 47).

Ávila propõe uma distinção singular, apesar de se basear na estrutura da distinção já apresentada. Antes de tudo, é preciso esclarecer que, para Ávila, razoabilidade e proporcionalidade não são regras nem princípios, mas postulados, que "são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas" (ÁVILA, 2012, p. 143).

Para ele a proporcionalidade aplica-se aos casos em que existe uma relação de causalidade entre um meio e um fim perceptível de forma concreta (ÁVILA, 2012, p. 182-196). Os meios devem ser adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito, tal como exposto alhures. Já o postulado da razoabilidade (ÁVILA, 2012, p. 173-182), de forma diferente do postulado da proporcionalidade, foca-se em determinar que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão. Para Ávila, "a relação não é de meio e fim, tal como na proporcionalidade. O dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das consequências normativas" (*apud* RIBEIRO, 2015, p. 181)²⁷. A razoabilidade possui neste caso três dimensões: (a) equidade, o que exige considerações individuais; (b) congruência, o que exige que se harmonizem as normas com as condições externas de

²⁷"O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca" (ÁVILA, 2007. p. 158).

aplicação; e (c) equivalência, uma vez que a medida adotada deve ser equivalente com o que dimensiona.

Paulo Bonavides, em seu *Curso de Direito Constitucional*, foca-se na descrição da proporcionalidade e não dá atenção à existência da ideia de razoabilidade como princípio ou postulado interpretativo autônomo. Não há problemas nesta linha teórica, somente não se pode concluir se o constitucionalista toma o termo proporcionalidade em ambos os sentidos ou se simplesmente não entende a razoabilidade como um método interpretativo autônomo. O autor reconhece a presença do princípio da proporcionalidade na Constituição de 1988 e afirma:

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quando outros princípios e afins, nomeadamente o princípio da igualdade.

Protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade entende principalmente, como disse Zimmerli, com o problema da limitação do poder legítimo, devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual. (BONAVIDES, 2013, p. 408)

No livro *Direito Eleitoral*, José Jairo Gomes explica a extensão da proporcionalidade na compreensão e aplicação das normas jurídicas voltadas à regulamentação do processo eleitoral:

O Direito contemporâneo é pensado da ótica de um sistema aberto, sendo os princípios admitidos como normas vinculantes, e a criação judicial do direito aceita. Chega-se mesmo a duvidar que a determinação do direito possa ser levada a cabo com exatidão lógica e alcança tão só pela via racional. Nesse contexto, a par dos cânones aludidos, revelam novos argumentos na fundamentação dos juízos jurídicos, a exemplo do princípio da segurança jurídica, da ponderação, da finalidade, das consequências, da equidade, dos precedentes, da razoabilidade, da proporcionalidade” (GOMES, 2014, p. 27)

Como se pode perceber, de uma forma geral, no Brasil impera a perspectiva da proporcionalidade inspirada fortemente nos contributos da doutrina germânica, em detrimento da visão norte-americana que se baseia principalmente no conceito de razoabilidade. A importância desta constatação para esta dissertação é que ao analisar a jurisprudência eleitoral buscar-se-á observar o seguinte: a) a adequação e coerência dos conceitos da teoria geral do direito na resolução do caso concreto; b) a construção

por parte da jurisprudência de conceitos próprios ou utilização daqueles já desenvolvidos em relação à proporcionalidade; e c) os problemas gerais da aplicação da proporcionalidade neste ramo do direito.

2.4. A Proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal

O juízo de proporcionalidade no controle judicial das leis restritivas de direitos fundamentais, como já visto, é construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão compatível com o sistema jurídico brasileiro, seja sob o ângulo dos três sub-elementos independentes da proporcionalidade (a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) ou da proibição do excesso propriamente dita (*Übermaßverbot*), técnicas, de resto que foram incorporadas à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MENDES, 1994 e BARROS, 1996).

E é justamente da conjugação entre a proibição do excesso e a liberdade comercial (tutelada, na Constituição em vigor, pelo art. 170, parágrafo único) que o Supremo Tribunal Federal há muito extraiu – como limite material ao poder de tributar – a impossibilidade de imposição, pelo Estado, de obstáculos demasiados à consecução da atividade econômica (cf. RE 106.759, Min. OSCAR CORRÊA, DJU 18.10.1985).

Como noticia HUMBERTO ÁVILA (2010, p. 405), “o Supremo Tribunal Federal tem igualmente considerado inconstitucionais as restrições administrativas que, embora não bloqueiem de modo absoluto, embaraçam excessivamente o seu livre exercício”, orientação exemplificada pelo RE 76.455, Min. LEITÃO DE ABREU, DJU 23.05.1975 (“ao estatuir essa exigência, fato que tenho como certo, visto não haver contestado, a autoridade arrecadadora estabeleceu, em verdade, sanção fiscal, que, se não impediu totalmente, bloqueou de modo profundo a atividade profissional lícita do contribuinte, violando, de tal arte, o aludido preceito constitucional”).

Dentre os precedentes mais atuais se destacam a ADI 173, Min. JOAQUIM BARBOSA, DJE 20.03.2009²⁸ e o RE 591.033/SP, Min. ELLEN GRACIE, DJU

²⁸ “Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos

17.11.2010²⁹, ambos originários do Pleno da Suprema Corte. Em suma: “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial” (MENDES, 2001), inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que observada a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF).

Desta feita, embora se trate de princípio que não fora expressamente positivado na carta política, isso não impediu que o mesmo tenha sido invocado em diversas oportunidades pela Corte Constitucional brasileira, tendo sido incorporado pela jurisprudência daquela casa, também, por exemplo, nos enunciados sumulares de nº 70 e 323³⁰ (CARVALHO, 2008, p. 134).

Não apenas como forma de proibição de excesso dos atos estatais, tal como observa-se das súmulas citadas, mas o Supremo Tribunal Federal também adota o princípio da proporcionalidade como meio interpretativo nas diversas hipóteses de colisão entre regras e princípios, tal como se observa em precedente citado pelo Ministro Gilmar Mendes:

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. (MENDES, 2011, p. 152).

órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição”.

²⁹ “É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que cabe ao Fisco cobrar seus créditos mediante a via da execução fiscal, vedando-lhe que a substitua por mecanismos indiretos de coerção - "normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário" (ADI 173) - que se costumam chamar de "sanções políticas". Tal orientação está consolidada nos Enunciados 70, 323 e 547 da Súmula desta Corte”.

³⁰ Súmula nº 70: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”. Súmula nº 323: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

Em suma, assim como a doutrina nacional, de uma forma geral, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal teve como fundamento as bases estabelecidas pelo Tribunal Constitucional Alemão, adotando ao menos como fundamento elementos da teoria tedesca, tais como os conceitos tais como adequação, necessidade, proporcionalidade, proibição de excesso e realizando, quando da restrição a direito fundamental, de ponderação entre os bens jurídicos tutelados.

2.5. A Proporcionalidade e a força da ideia da proibição de excesso

Uma última questão que merece ser mencionada na revisão da bibliografia sobre proporcionalidade é a força da ideia da proporcionalidade como proibição de excesso que tem impactado fortemente as decisões jurisprudenciais eleitorais como será discutido posteriormente³¹.

A ligação do termo proporcionalidade à ideia de proibição de excesso decorre principalmente na construção histórica do princípio da proporcionalidade que esteve associado inicialmente a esta perspectiva. Paulo Bonavides afirma que na Corte Constitucional alemã³² os termos estiveram presentes para designar "o conjunto de conceitos parciais ou elementos constitutivos denominados sucessivamente

³¹ Não nos interessam aqui as críticas direcionadas a esta relação entre proporcionalidade e proibição de excesso, uma vez que o que interessa a esta dissertação é compreender o conceito e verificar sua adoção ou não pela jurisprudência eleitoral. Mas interessante se referir as observações de Virgílio Afonso da Silva sobre esta relação: "Outra questão terminológica a ser resolvida refere-se ao uso do conceito de *proibição de excesso*, visto que muitos autores tratam a regra da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso. Ainda que, inicialmente, ambos os conceitos estivessem imprescindivelmente ligados, principalmente na construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, há razões para que essa identificação seja abandonada. Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra *excesso* dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a *omissão* ou contra a *ação insuficiente* dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por *proibição de insuficiência*. O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o *excesso* estatal já é razão suficiente para abandonar o uso sinônimo de *regra da proporcionalidade e proibição de excesso*" (SILVA, 2002, p. 27).

³² "A Corte Constitucional de Karlsruhe na Alemanha tem recorrido aos dois termos com visíveis oscilações e numa incerteza persistente até mesmo os utiliza unidos, conforme consta de algumas decisões" (BONAVIDES, 2013, p. 417).

adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que compõem o sobredito princípio" (BONAVIDES, 2013, p. 416).

Gilmar Mendes bem sintetiza essa relação:

O princípio da proporcionalidade – também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo ou, ainda, princípio da proibição do excesso – constitui exigência positiva material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou ainda uma “proibição de excesso” no cerceamento de tais direitos. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando ocorre restrição a determinado direito fundamental ou conflito concreto entre distintos princípios constitucionais, de maneira a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio a) adequação (apto a produzir o resultado desejado); b) necessidade (insubstituível por meio menos gravoso e igualmente eficaz); c) proporcionalidade em sentido estrito (forma-se relação ponderada entre o grau de restrição de certo princípio e o grau de realização do princípio contraposto). (MENDES, 2011, p. 26).

O constitucionalista português Canotilho também realça a proibição do excesso como atributo da proporcionalidade, afirmando o seguinte:

Este princípio, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei. (CANOTILHO, 1992, p. 617)

Prossegue o autor:

O princípio da exigibilidade, também conhecido como o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível. Assim exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. (Idem)

Como se pode notar, em todos esses casos, a ideia de proibição de excesso irradia-se por todo o conceito de proporcionalidade e liga-se à ideia de que os meios escolhidos pelo Estado para limitar o cidadão devem ser os mais brandos possíveis, de modo a não se exigir das pessoas sacrifícios ou ações que não sejam as estritamente necessárias para a consecução dos fins estabelecidos.

Tendo dito isso até o momento, cumpre agora a segunda tarefa deste trabalho que é a análise de conteúdo da jurisprudência eleitoral para verificar como esses conceitos são operacionalizados na aplicação deste ramo jurídico.

3. PROPORCIONALIDADE NO DIREITO ELEITORAL

Antes de tratarmos da análise principiológica propriamente dita, cumpre observar algumas particularidades da Justiça Eleitoral, das quais emerge a importância da temática da proporcionalidade. A teor do que leciona Fávila Ribeiro, o Direito Eleitoral “*dedica-se ao estudo das normas³³ e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa adequação entre a vontade do povo e a atividade governamental*” (RIBEIRO, 1996, p. 4). GOMES (2014, p. 22) conceitua o Direito Eleitoral como “*o ramo do Direito Público cujo objeto são os institutos, as normas e os procedimentos regularizadores dos direitos políticos. Normatiza o exercício do sufrágio com vistas à concretização da soberania popular*”.

Trata-se, portanto, de disciplina que visa proteger a soberania popular, o que não quer dizer que a vontade do povo é absoluta, havendo condições para o exercício do direito ao voto e para o exercício de mandato eletivo, pelo que somente a partir de uma eleição legítima é que se considera o cidadão apto a exercer o *múnus público*³⁴. E a legitimidade do pleito pressupõe, conceitualmente, a paridade de armas na campanha, a isonomia de forças, de modo que o Direito Eleitoral tem por finalidade a proteção do eleitor e do próprio processo eleitoral das diversas formas de abusos de poder.

É através da proibição da intervenção abusiva do poder político e econômico (art. 14, §9 da Constituição da República) que a Justiça Eleitoral garante a legitimidade dos mandatos obtidos, com condições similares na disputa. Todavia, não se assegura a plena igualdade de fato, já que, nas sociedades hipercomplexas³⁵, os candidatos contam com apoios econômicos e políticos diversificados e, muitas vezes, díspares.

³³ Com relação às essas normas, deve-se relevar que os textos normativos no direito eleitoral são, em regra, produzidos “*aos borbotões sem preocupação com a coerência*” (SOARES, 2009, p. 251), com um “*emaranhado de leis editadas em épocas e circunstâncias políticas muito diferentes, elaboradas em regime de exceção (exemplo do Código Eleitoral) e em períodos democráticos recentes*” (Idem).

³⁴ “*O alistamento é o ato jurídico do qual emana o direito de votar (ius singulii), de exercer a cidadania pela escolha livre e soberana dos seus representantes, nas democracias indiretas*” (COSTA, 2009, p. 87)

³⁵ O Estado Constitucional é, primordialmente, o resultado de processos culturais. É, como descreve Häberle, uma autêntica dimensão tipológica que compreende as “*estruturas fundamentais da sociedade plural*” e que, seguindo a filosofia do “*espírito aberto de POPPER*”, institucionaliza as experiências e

Nesse contexto, seja em decorrência de leis esparsas e criadas em momentos distintos³⁶, da diversidade de ações eleitorais, da própria organização da Justiça Eleitoral – que adota mandato de 2 (dois) anos, renováveis por outros 2 (dois) anos (art. 121, §2º da CF) para os magistrados³⁷ – ou da quantidade/amplitude dos conceitos jurídicos indeterminados empregados pelo legislador³⁸, verifica-se a dificuldade do Poder Judiciário fixar padrões interpretativos estáveis (vale dizer, lógico-rationais e, sobretudo, coerentes) para os comandos eleitorais. Nesse sentido:

Note-se que a interpretação não constitui atividade totalmente livre, pois o raciocínio e a decisão do interprete-juiz devem sempre ser guiados por determinados cânones, a exemplo da plausibilidade, da coerência, da juridicidade, da ética, da racionalidade, da hierarquia legal, dos princípios e conceitos atinentes ao setor jurídicos a que o caso examinado encontra-se referido. Além desses fatores regulatórios, o próprio texto normativo (*intentio operis*) e o contexto em que ele se insere delimitam os sentidos hauríveis pela interpretação jurídica. (GOMES, 2014, p. 28)

De todo modo, certo é o confronto natural entre a cassação do mandato eletivo pelo Poder Judiciário e o princípio da soberania popular³⁹, estando o princípio

“abre espaço para o desenvolvimento do espírito” (2003, p. 4). Em processo de aprendizagem contínua os ordenamentos jurídicos condensam elementos como soberania popular, divisão de poderes, participação política, direitos fundamentais e independência judicial em múltiplas combinações, dando novas formas a antigas etapas textuais e reforçando a dignidade humana, a segurança jurídica, a justiça e a igualdade.

³⁶ Segundo SOARES, *“as poucas ações típicas são regradas de modo achavascado, com erros, contradições e justaposições gritantes, que levam a confusões doutrinárias e jurisprudenciais. Tais problemas graves, que tornam o ordenamento jurídico eleitoral de difícil trato, têm levado, ainda, a notáveis dissensos na atividade de interpretação e aplicação dos institutos eleitorais, notadamente quanto ao papel desempenhado pelo juiz eleitoral em sua atividade”* (2009, p. 251).

³⁷ *“São órgãos da Justiça Eleitoral, consoante o art. 118 da CF/88: Tribunal Superior Eleitoral, os tribunais regionais eleitorais, os juízes eleitorais e as juntas eleitorais. Tais órgãos da Justiça Eleitoral, se submetem ao princípio da periodicidade da investidura das funções eleitorais, segundo o qual não há magistrados permanentemente investidos nas atribuições de juiz eleitoral, sendo elas exercidas temporariamente”* (COSTA, 2009, p. 253)

³⁸ GOMES exemplifica os conceitos jurídicos indeterminados no âmbito do Direito Eleitoral: *“soberania popular (CF, art. 14, caput), moralidade, normalidade e legitimidade das eleições, influência do poder econômico, abuso do poder econômico, abuso do exercício da função (CF, art. 14, §9º), abuso do poder econômico (CE, art. 14, § 10), liberdade de voto, (LC n° 64/90, art. 19), utilização indevida (LC n° 64/90, art. 22), vantagem pessoal (LE, art. 41-A), igualdade de oportunidades (LE, art. 73)”*. (2014, fl.24)

³⁹ *“A normalidade e a legitimidade do pleito previstas no art. 14, § 9º, da Constituição Federal decorrem da ideia de igualdade de chances entre os competidores, entendida assim como a necessária concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, sem a qual se compromete a própria essência do processo democrático”* (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 68254, Relator Min. GILMAR FERREIRA MENDES, DJE de 23/02/2015, Página 56/57)

da proporcionalidade justamente na resolução desse aparente conflito, eis que inserto dentro do conceito de gravidade da conduta adotado pelo legislador para se aferir se a conduta praticada é suficiente para macular o pleito.

Nessa linha, a vontade popular não pode ser desconstituída senão por fato que efetivamente tenha influenciado no pleito e que esteja arrolado pelo legislador como situação jurídica apta a gerar desequilíbrio eleitoral. Nesse ponto, como acentuado pelo voto condutor por ocasião do julgamento, pelo Plenário do STF do RE nº 157.868/PB, Min. Marco Aurélio, DJU 28.05.1993,

em matéria de limitação a direito, mormente quando relacionado à cidadania, em si, os preceitos respectivos são *numerus clausus*, exaustivos, e somente cabe emprestar-lhe interpretação estrita. Impertinente é, por isso mesmo, o apego maior a conceitos ligados quer à moral, quer à ética, sob pena de grassar subjetivismo contrário à natureza da norma e à própria segurança almejada. De lege ferenda, tudo é possível, no que, se mostre impulsionado pelo interesse público. De lege lata, cumpre a cada qual a respeito ao que disposto, muito embora entenda-se ser mais adequado enfoque diverso. (BRASIL, 1993)

Do mesmo modo, extrai-se do citado julgamento trecho proferido pelo Ministro Cezar Peluzo no Recurso Ordinário nº 1069/RJ – julgado pelo Pleno do Tribunal Superior Eleitoral – o seguinte:

não se trata de juízo subjetivo de nenhum julgador que se reconheça corregedor dos costumes e intérprete das imputações segundo os seus padrões de julgamento pessoal. É preciso que a lei, a norma jurídica, determine que tal fato com tais e tais características, impeça o candidato de concorrer, a Lei, a Constituição, o ordenamento jurídico. (BRASIL, 2008)

É a partir dessas premissas que surge a necessidade de se examinar como vem sendo aplicado esse importante princípio jurídico, de natureza subjetiva e de conceito aberto, nas sanções concretizadas pela Justiça Eleitoral, sempre tendo em vista as repercussões de tais decisões no exercício regular do sufrágio realizado pelos eleitores, os efetivos titulares da prerrogativa de escolher seus mandatários (art. 1º, CF/88). Frise-se, nesse ponto, que o Poder Judiciário tem a função política de proteger as minorias⁴⁰ e que a cassação de mandatos eletivos surge como uma

⁴⁰ A questão foi enfrentada pelo Pleno do C. STF no julgamento da ADI 4430/DF, Min. Dias Toffoli, DJE 18.09.2013, oportunidade na qual se discutiu a constitucionalidade da exclusão dos partidos políticos sem representação na Câmara dos Deputados da propaganda eleitoral no rádio e na TV: “a

ferramenta de exceção para os casos em que o processo eleitoral não se desenrolou de maneira regular.

Daí, como já tratado, o princípio da proporcionalidade na Justiça Eleitoral assume contornos de fundamental importância na medida em que influi na dosimetria da sanção e se encontra positivado no conceito de gravidade da conduta, elementar típica para a maior parte das ações que tramitam nessa justiça especializada.

Nesse ponto, é importante registrar que o estudo não abarca os precedentes que têm por objeto a captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei das Eleições⁴¹), pois para a “compra de votos” não é necessária qualquer análise da proporcionalidade ou gravidade da conduta⁴², que já foi considerada grave pelo legislador, sendo suficiente a compra de um voto – ou de uma abstenção⁴³ – para a

solução interpretativa pela repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita de forma igualitária entre todos os partidos partícipes da disputa não é suficiente para espelhar a multiplicidade de fatores que influenciam o processo eleitoral. Não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo. Embora iguais no plano da legalidade, não são iguais quanto à legitimidade política. Os incisos I e II do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97, em consonância com o princípio da democracia e com o sistema proporcional, estabelecem regra de equidade, resguardando o direito de acesso à propaganda eleitoral das minorias partidárias e pondo em situação de privilégio não odioso aquelas agremiações mais lastreadas na legitimidade popular. O critério de divisão adotado – proporcionalidade à representação eleita para a Câmara dos Deputados – adéqua-se à finalidade colimada de divisão proporcional e tem respaldo na própria Constituição Federal, que faz a distinção entre os partidos com e sem representação no Congresso Nacional, concedendo certas prerrogativas, exclusivamente, às agremiações que gozam de representatividade nacional (art. 5º, LXX, a; art. 103, VIII; art. 53, § 3º; art. 55, §§ 2º e 3º; art. 58, § 1º).

⁴¹ A constitucionalidade foi reconhecida pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI. “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Captação de sufrágio. 2. As sanções de cassação do registro ou do diploma previstas pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não constituem novas hipóteses de inelegibilidade. 3. A captação ilícita de sufrágio é apurada por meio de representação processada de acordo com o art. 22, incisos I a XIII, da Lei Complementar nº 64/90, que não se confunde com a ação de investigação judicial eleitoral, nem com a ação de impugnação de mandato eletivo, pois não implica a declaração de inelegibilidade, mas apenas a cassação do registro ou do diploma. 4. A representação para apurar a conduta prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 tem o objetivo de resguardar um bem jurídico específico: a vontade do eleitor. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (ADI 3592, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2006, DJ 02-02-2007 PP-00071 EMENT VOL-02262-02 PP-00389 RTJ VOL-00209-01 PP-00097).

⁴² “É inviável equiparar os pressupostos de configuração dos ilícitos previstos nos arts. 41-A e 73 da Lei Eleitoral, pois a vedação à captação de sufrágio visa a proteger o voto livre do eleitor, e não o equilíbrio entre os candidatos no pleito” (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 27197, Acórdão de 19/06/2008, Relator(a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 11/9/2008, página 8).

⁴³ “Entendeu o TSE, em recente pronunciamento (REspe nº 26.118/MG, Rel. Min. Gerardo Grossi, sessão de 1º.3.2007), que resta configurada a violação ao Art.41-A da Lei nº 9.504/97 mesmo em caso de pagamento para abstenção do voto, posição que demonstra a preocupação desta Corte com a efetiva repressão do ilícito” (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 25878, Acórdão de

configuração do ilícito e a conseqüente cassação do mandato eletivo (TSE, Respe nº 21.264, DJ de 11.06.2004). Nesse sentido,

Para a configuração do ilícito previsto no referido art. 41-A, não é necessária a aferição da potencialidade de o fato desequilibrar a disputa eleitoral, porquanto a proibição de captação de sufrágio visa resguardar a livre vontade do eleitor e não a normalidade e equilíbrio do pleito, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte (Acórdão nº 3.510). (TSE, RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21248, Acórdão nº 21248 de 03/06/2003, Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 08/08/2003, página 155)

A caracterização da captação ilícita de sufrágio pressupõe a ocorrência simultânea dos seguintes requisitos: a) prática de uma das condutas previstas no art. 41-A da Lei 9.504/97; b) fim específico de obter o voto do eleitor; c) participação ou anuência do candidato beneficiário na prática do ato. (TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 815659, Acórdão de 01/12/2011, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 026, Data 06/02/2012, página 28)

Contudo, o mesmo não mais ocorre em relação às condutas vedadas aos agentes públicos (art. 73 e ss. da Lei 9.504/94). Inicialmente, adotou-se a compreensão de que, por suas características elementares, a mera ocorrência formal da conduta já era suficiente para caracterizar a desigualdade de oportunidades, uma vez que a gravidade seria inerente à própria proibição (criada após a Emenda da reeleição e que tem por finalidade impedir a desigualdade eleitoral praticada pelos detentores de mandato eletivo)⁴⁴. Todavia, alterou-se a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e, mesmo em se tratando de conduta vedada, passou-se a entender que os atos considerados de lesividade ínfima não são considerados graves o suficiente para culminar com a cassação de mandato eletivo⁴⁵, motivo pelo qual o tema integrará o presente estudo, como se verá a seguir.

22/03/2007, Relator(a) Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 13/04/2007, página 235).

⁴⁴ “Para a caracterização de violação ao art. 73 da Lei nº 9.504/97, não se cogita de potencialidade para influir no resultado do pleito. A só prática da conduta vedada estabelece presunção objetiva da desigualdade. Leva à cassação do registro ou do diploma. Pode ser executada imediatamente” (TSE, RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 24862, Rel. Min. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA, DJE de 16/09/2005 – Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 16, Tomo 3, página 349).

⁴⁵ “De acordo com o posicionamento atual e dominante do TSE, para a caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei das Eleições, é essencial a demonstração de potencialidade do fato

Fixadas essas premissas e apesar da mais proeminente particularidade da Justiça Eleitoral – ausência de decisões lineares –, a jurisprudência dos Tribunais Eleitorais fornece um repertório interessante de julgados, que permite a identificação das principais características das técnicas de aplicação do princípio da proporcionalidade.

3.1. Evolução histórica da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral

Diante da ausência de previsão específica na LC nº 64/90 ou na Lei nº 9.504/97 dos critérios de dosimetria para a configuração de ato lesivo suficiente para a cassação de mandato eletivo, o Tribunal Superior Eleitoral adotou a compreensão de que a configuração de abuso de poder exige a demonstração de que o ato tido por lesivo é dotado de potencialidade para influenciar o resultado da eleição.

Utilizou-se, dentre outros, critérios aritméticos a fim de verificar essa potencialidade: se o abuso atingiu um montante de 50 eleitores e a eleição fora vencida por milhares de votos de diferença, compreendia-se que o ato não teve potencialidade suficiente para a caracterização do abuso de poder e, portanto, não era apto a justificar a cassação do mandato eletivo. A esse respeito, eis o *leading case* julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral, como consta do voto então proferido pelo Ministro Edson Vidigal⁴⁶:

Já o Deputado Aécio Neves (candidato à reeleição) (...) foi o terceiro mais votado no Estado, obtendo a votação de 185.050 eleitores, sendo o seu partido, o PSDB, o segundo mais votado.

para desequilibrar o resultado do certame” (TSE, RECURSO ORDINÁRIO nº 1.516, DJE de 01/06/2009).

⁴⁶ No mesmo sentido “estou convencido quanto à ausência de potencialidade para influenciar o resultado do pleito. O candidato se elegeu em primeiro turno com 51,20% dos votos válidos – 1.301.554 votos; e o segundo colocado obteve 32,79% dos votos, o que representa 833.554 votos. Há uma diferença de 468 mil votos, quase 500 mil votos”.(MENDES, 2011, 755 – RO 801, Rel. Min. Luis Carlos Madeira, DJ de 18.11.2005).

Assim partindo de uma hipótese absurda de que toda a população de Prados-MG, de aproximadamente dez mil habitantes, em razão do referido caderno, tivesse votado no Deputado Federal Aécio Neves, mesmo se descontássemos essa quantidade de votos, ainda assim teria sido eleito.

Logo, é óbvio que o fato aqui enfocado isoladamente não teve potencialidade para distorcer a vontade popular, seja porque dois dos candidatos supostamente beneficiados não foram eleitos, seja em razão de que o único candidato eleito obteve votação tão expressiva que a quantidade de votos que o ato supostamente poderia afetar seria insignificante com relação ao resultado final. (Agravo Regimental nº 1.794/MG, relator: Min. Eduardo Alckmin, DJU 09.08.2002)

Crítérios como esse, obviamente, dificultavam a cassação de mandatos em pleitos de grandes dimensões (presidente, prefeito de capital ou governador de Estado), nos quais as eleições são vencidas, em regra, por larga margem numérica.

Daí a necessidade da criação de outros critérios, o que resultou na substituição do conceito de “potencialidade” por “gravidade” da conduta, pelo que passou a se avaliar se o ato em si, em sua essência, era grave o suficiente para desequilibrar um pleito e macular o processo eleitoral em disputa⁴⁷. No pleito de 2008, o Tribunal Superior Eleitoral alterou a sua compreensão acerca do conceito de potencialidade lesiva, entendendo que esse não se esgota na mera interpretação aritmética, a teor do RESPE 28.396/PR, Ministro Arnaldo Versiani, DJU 26.02.2008:

O critério de definição da potencialidade lesiva permanece em aberto, a meu ver, neste Tribunal, dada, inclusive, certa dose de subjetividade do respectivo conceito.

(...) Essa potencialidade, ainda a meu ver, não deve ser avaliada somente diante do número de votos corrompidos, ou

⁴⁷ “O exame da potencialidade lesiva das condutas não parte da constatação de que os recorridos perderam o segundo turno por expressiva diferença de votos (125.033), pois o resultado do pleito, em si, não é fator que revele a prática ou não do abuso de poder econômico” (Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 288605, Acórdão de 25/06/2014, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 142, Data 04/08/2014, página 49).

fraudados, ou advindos de abuso de poder, ou mesmo a diferença de votação entre o 1º e o 2º colocados (...) O que interessa, na ação de impugnação de mandato eletivo, é se o respectivo mandato foi obtido por qualquer um dos meios vedados na Constituição (art. 14, § 10). Reconhecida a prática de um dos atos vedados, o eleito deve ter o mandato cassado.

Em suma, o requisito da potencialidade deve ser apreciado em função da seriedade e da gravidade de conduta imputada.

Passou a compreender, portanto, que

o reconhecimento da potencialidade em cada caso concreto implica o exame da gravidade da conduta ilícita, bem como a verificação do comprometimento da normalidade e da legitimidade do pleito, não se vinculando necessariamente apenas à diferença numérica entre os votos ou à efetiva mudança do resultado das urnas, embora essa avaliação possa merecer criterioso exame em cada situação concreta. (TSE, RCED n. 661/SE, Rei. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 16.2.2011)

A modificação jurisprudencial foi recepcionada pelo legislador, que, ao editar a Lei Complementar nº 135/2010, a conhecida Lei da Ficha Limpa, positivou que “*para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam*”. Esse conceito foi incorporado para as diversas infrações eleitorais, salvo a captação ilícita de sufrágio (art. 41-A, Lei 9.504/97) que, como já visto, não admite qualquer juízo de proporcionalidade por não comportar qualquer modalidade de flexibilização⁴⁸.

Com efeito, o novo dispositivo incorporou a “gravidade da conduta” reclamada pela jurisprudência do TSE em sua antiga e também na atual jurisprudência, ilustrada pelo recente julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 69.541, de

⁴⁸ De se destacar que, embora o ilícito previsto no art. 41-A não comporte a aplicação da proporcionalidade como forma de se excluir a sanção de cassação do mandato eletivo, para a sua configuração é imprescindível a ciência ou anuência do infrator, bem como prova robusta, inconcussa, da ocorrência do ilícito.

relatoria do Ministro Gilmar Mendes, publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* de 26/06/2015, páginas 246-248:

Com base na compreensão da reserva legal proporcional, a cassação de diploma de detentor de mandato eletivo exige a comprovação, mediante provas robustas admitidas em direito, de abuso de poder e condutas vedadas graves, suficientes para ensejar essa severa sanção, sob pena de a Justiça Eleitoral substituir-se à vontade do eleitor. Essa compreensão jurídica, com a edição da LC nº 135/2010, merece maior atenção e reflexão por todos os órgãos da Justiça Eleitoral, pois o reconhecimento desses ilícitos poderá afastar o político das disputas eleitorais pelo longo prazo de oito anos (art. 1º, inciso I, alínea d e j, da LC nº 64/1990), o que pode representar sua exclusão das disputas eleitorais.

Em suma: atualmente, o princípio da proporcionalidade está inserido no conceito de gravidade da conduta, fundamentando-se nos critérios a serem analisados a seguir.

3.2. Proporcionalidade, Isonomia e Paridade de Armas

Ainda preliminarmente à análise das elementares típicas e à aplicação da proporcionalidade nos diversos tipos que se pretende tratar, importante consignar os objetivos e, mais do que isso, os bens jurídicos tutelados pelas ações que visam a cassação de mandatos eletivos.

O disposto no § 9º do art. 14 da Constituição Federal, regulamentado tanto na Lei Complementar nº 64/90 – e sua alteração na LC nº 135/2010, a Lei da Ficha Limpa – como na Lei nº 9.504/97, conhecida como a Lei das Eleições, tem por escopo a proteção da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do abuso de poder econômico, ou o abuso de exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta.

Desta feita, por legitimidade do pleito compreende-se o reconhecimento, por parte dos governados, da autoridade conferida a seus representantes, sendo certo que uma eleição legítima decorre de *“um processo pautado por uma disputa limpa, isenta de vícios, corrupção ou fraude”*, pelo que *“a escolha é sempre fruto do consenso popular, que, de certa maneira, homologa os nomes dos candidatos,*

consentindo que exerçam poder político-estatal e, pois, submetendo-se a seu exercício” (GOMES, 2014, p. 56).

A eleição legítima se caracteriza, portanto, por um contexto de normalidade, que se dá através da presença de princípios democráticos, tais como o da moralidade – *“no âmbito dos direitos políticos, o princípio da moralidade inscrito no artigo 14, § 9º, da Constituição conduz a ética para dentro do jogo eleitoral”* (GOMES, 2014, p. 58) – da isonomia, da probidade⁴⁹, sendo imprescindível para a caracterização da legitimidade do pleito a inocorrência de condutas ilícitas e antiéticas, o que *“significa que o mandato político deve ser conquistado e exercido dentro dos padrões aceitos pela civilização”* (Idem)⁵⁰.

E foi a partir desses requisitos que o Tribunal Superior Eleitoral compreendeu que as ações eleitorais têm por finalidade assegurar aos cidadãos eleições justas, éticas e morais, decorrentes de um pleito no qual há isonomia entre os candidatos. Noutros termos, a expectativa da vigente ordem constitucional é de que a disputa eleitoral se dê entre candidatos em condições de “paridade de armas”.

Nesse ponto, seria ingênuo imaginar que as campanhas contam com o mesmo tipo de recursos (patrimoniais ou políticos); todavia, a Justiça Eleitoral tem por finalidade garantir a isonomia de condições, garantindo aos partícipes do pleito eleitoral as mesmas possibilidades, pelo que, dentro desse contexto, protegeria o pleito de qualquer contaminação derivada de eventuais abusos.

Portanto, os bens jurídicos tutelados pela Justiça Eleitoral se revestem de inequívoca relevância nos processos de aplicação da proporcionalidade, devendo ser levadas em consideração a pretensão de se evitar abusos, a igualdade e a busca pela obtenção de uma eleição legítima, que somente se dará com a presença

⁴⁹ Segundo GOMES, *“a ideia de probidade (probitate) encontra-se arraigada à de ética e moral. Refere-se à possessão de certas qualidades morais e ao agir em harmonia com preceitos ético-morais. Significa integridade de caráter, honradez, pundonor. Probo (probu) qualifica o que é honesto, justo, reto, honrado: é aquele que apresenta caráter íntegro, que cumpre seus deveres e é criterioso ao agir”* (2002, p. 245).

⁵⁰ Gomes tenta traçar as influências que sofreria a sociedade brasileira e que caracterizariam os conceitos morais aceitos pela sociedade brasileira, ao dispor que *“no sistema ético-moral brasileiro, é notória a influencia de elementos aportados das culturas greco-romana-cristã, indígena e africana. Consagram-se entre nós princípios e valores como: honestidade, prudência, lealdade, não causar mal ao próximo, não subtrair para si coisa alheia, não se enriquecer ilicitamente, ter o trabalho como fonte de renda e algo enobrecedor, não se enganar, não mentir, não prestar falso testemunho, cumprir a tempo e modo os compromissos, não cobiçar a mulher do próximo (adultério), não cometer incesto, respeitar os pais, valorizar a própria vida e a dos outros, não matar, não cometer parricídio, não cometer suicídio”* (GOMES, 2002, p. 244-245).

das pautas de moralidade e probidade aceitas como reconhecidamente necessárias para a sociedade.

4. ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL ACERCA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Estabelecidas essas premissas, resta possível adentrar na análise específica dos ilícitos eleitorais, bem como na aplicação e interpretação do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Superior Eleitoral, estabelecendo as diferenciações entre os tipos e as formas de análise do princípio em questão.

4.1. Captação ilícita de recursos (art. 30-A Lei 9.504/97)

O histórico da criação do tipo em análise, por si só, já demonstra a relevância de sua incidência: o art. 30-A da Lei das Eleições “*é fruto da minirreforma eleitoral que se seguiu do acirrado debate desencadeado nomeadamente pelo lastimável episódio que ficou conhecido como ‘mensalão’, no qual muitos deputados federais foram acusados de “vender” seus votos para apoiar o governo no parlamento*” (GOMES, 2014, p. 573)⁵¹. Na ocasião, sob a alegação de que estariam recebendo recursos de origem ilícita para quitar supostas dívidas eleitorais, os agentes políticos invocavam a ausência de norma proibitiva específica que reprimisse a conduta de “caixa 2” de campanha⁵².

Desta feita, em 2006, fora editado o art. 30-A da Lei nº 9.504/97, segundo o qual, “*comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado*” (§ 2º do art.

⁵¹ A importância se mantém atualmente, na medida em que o “Petrolão” envolveria, dentre outras condutas, a remessa e utilização por campanhas eleitorais de dinheiro oriundo de ilícitos praticados na Petrobras, com a doação de parte de propinas às campanhas e até mesmo possível lavagem de dinheiro através das campanhas eleitorais. Os fatos foram alegados na Ação de Investigação de Mandato Eletivo (AIME) nº 761, proposta pela Coligação Muda Brasil – que teve o candidato Aécio Neves (PSDB) à Presidência da República nas eleições de 2014 –, contra a Coligação Com a Força do Povo, da candidata Dilma Rousseff, além do vice-presidente Michel Temer e do próprio Partido dos Trabalhadores (PT) e do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

⁵² Ao final do julgamento da AP 140, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a tese de que os pagamentos aos parlamentares seriam “apenas” recursos não contabilizados para pagamento de despesas de campanha para compreender a efetiva compra de votos no parlamento com a finalidade de obter a aprovação de projetos pelo Governo: <http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,mensalao-foi-compra-de-votos-e-nao-caixa-2-confirma-stf-imp-,938707>. Acesso em 10/11/2015.

30-A da Lei nº 9.504/97). Cuida-se de norma que prescreve sanção única e específica para a hipótese de infração, inexistindo, nesse caso, qualquer referência legislativa à aplicação do princípio da proporcionalidade nos feitos dessa espécie.

Na ausência de previsão expressa de aplicação do referido princípio, restou ao Poder Judiciário analisar a incidência da proporcionalidade nos processos de arrecadação e gastos ilícitos de campanha, sendo que o primeiro julgado a esse respeito foi o popularmente conhecido “escândalo dos aloprados”⁵³, no qual se concluiu pela imprescindibilidade da conduta ser proporcional à sanção de cassação do mandato eletivo. Na ocasião foi exaustivamente debatido o âmbito de incidência do art. 30-A, Lei nº 9.504/97 – RP nº 1.176/DF, Ministro Cesar Asfor Rocha, DJU 26.06.2007 – tendo o Tribunal Superior assentado a necessidade de demonstração da potencialidade da irregularidade na arrecadação/gasto de campanha para influir no resultado do pleito:

6. Como se pode observar, o art. 22 da LC nº 64/90 e o art. 30-A da Lei nº 9.504/97 (redação da Lei nº 11.300/2006) veiculam mensagens normativas idênticas, pondo em realce a necessidade legal de a Representação Eleitoral vir apoiada em fatos e provas (art. 30-A da Lei nº 9.504/97) ou em fatos, provas, indícios e circunstâncias (art. 22 da LC nº 64/90), em ambos os dispositivos se exigindo a presença inequívoca de elementos materiais (fatos e provas) que de logo apontem a viabilidade da iniciativa (plausibilidade do pedido). (...)

Também é exigível que os fatos articulados na Representação Eleitoral tenham a potencialidade de influir no resultado do pleito, sem o que se terá a comunicação de mera bagatela, a não comportar a atuação jurisdicional. (...)

18. No caso vertente, as indicações factuais ou os elementos indicativos da sua materialidade objetiva são notícias divulgadas em jornais de ampla circulação, mas que não se

⁵³ No dia 15 de setembro de 2006, a apenas duas semanas do primeiro turno das eleições gerais, integrantes do PT foram presos pela Polícia Federal em um hotel em São Paulo ao tentar comprar um “dossiê” contra o então candidato ao Governo do Estado de São Paulo, José Serra. O então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, tentando diminuir o episódio, afirmou que aquilo era obra de “um bando de aloprados” expressão pela qual o caso é popularmente lembrado até hoje. <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,relembre-o-escandalo-dos-aloprados,737712>. Acesso em 10.11.2015

elevam à condição de provas suficientes para lastrear decisão condenatória. De outro lado, mister a comprovação de que os fatos postos na Representação Eleitoral têm a potencialidade de influir no resultado do pleito.

30. A indispensabilidade de demonstração de que os fatos articulados na Representação Eleitoral têm a força de alterar o resultado do pleito também tem sido afirmada pelo egrégio TSE: (...)

46. Com esta fundamentação, o meu voto é no sentido de julgar esta Representação Eleitoral improcedente, tendo em vista inexistirem elementos capazes de evidenciar a ocorrência dos fatos/conduas articulados (apreensão de quantias em dinheiro, documentos e materiais de divulgação jornalística), como também que teriam a potencialidade de influir no resultado do pleito, ou que os representados tivessem se beneficiado, em termos eleitorais, desses mesmos fatos.

A utilização do critério de potencialidade lesiva dentro do juízo de adequação entre a lesão ao bem jurídico e a sanção cabível – repita-se, a única sanção prevista é a cassação (§ 2º do art. 30-A da Lei 8.504/97) – criava dificuldade até mesmo de ordem prática, eis que era bastante difícil a demonstração do nexo de causalidade entre os recursos contábeis mal arrecadados ou empregados e o resultado do pleito, já que não há uma relação direta entre o dinheiro investido e os votos auferidos com tal montante.

Logo, foi necessária uma reformulação dessa orientação e a natural substituição do conceito de potencialidade lesiva pela análise da proporcionalidade e, por extensão, a diferenciação entre o art. 30-A, Lei 9504/97 e a figura genérica do abuso de poder: *“para incidência do art. 30-A da Lei nº 9.504/97, necessária prova da proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato. Nestes termos, a sanção de negativa de outorga do diploma ou de sua cassação (§ 2º do art. 30-A) deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido”* (TSE, RO nº 1.540/PA, Min. Felix Fischer, DJE 01.06.2009).

Noutros termos, deixou de se cogitar como aquela falha contábil se reverteria em votos para o candidato, para se avaliar se a gravidade daquele ilícito era

compatível com a sanção imposta pela norma. Essa diferenciação foi muito bem explicitada por ocasião do já citado julgamento, pelo Tribunal Superior Eleitoral do Recurso Ordinário nº 1.540, de relatoria do Ministro Felix Fisher, *Diário de Justiça Eletrônico* de 01/06/2009, páginas 25-27, RJTSE – Revista de Jurisprudência do TSE, volume 20, Tomo 4, Data 28/04/2009, página 155:

Não havendo, necessariamente, nexos de causalidade entre a prestação de contas de campanha (ou os erros dela decorrentes) e a legitimidade do pleito, exigir prova de potencialidade seria tornar inócua a previsão contida no art. 30-A, limitando-o a mais uma hipótese de abuso de poder. O bem jurídico tutelado pela norma revela que o que está em jogo é o princípio constitucional da moralidade (CF, art. 14, § 9º). Para incidência do art. 30-A da Lei 9.504/97, necessária prova da proporcionalidade (relevância jurídica) do ilícito praticado pelo candidato e não da potencialidade do dano em relação ao pleito eleitoral. Nestes termos, a sanção de negativa de outorga do diploma ou de sua cassação (§ 2º do art. 30-A) deve ser proporcional à gravidade da conduta e à lesão perpetrada ao bem jurídico protegido. No caso, a irregularidade não teve grande repercussão no contexto da campanha em si. Deve-se, considerar, conjuntamente, que: a) o montante não se afigura expressivo diante de uma campanha para deputado estadual em Estado tão extenso territorialmente quanto o Pará; b) não há contestação quanto a origem ou destinação dos recursos arrecadados; questiona-se, tão somente, o momento de sua arrecadação (antes da abertura de conta bancária) e, conseqüentemente, a forma pela qual foram contabilizados.

Assim, critérios específicos passaram a ser levados em consideração, tais como o volume arrecadado ou aplicado de forma indevida, a natureza da irregularidade, a boa-fé do candidato, a origem do recurso tido por irregular, enfim, passou-se a sopesar, sob uma perspectiva preponderantemente aritmética, a expressão da irregularidade contábil dentro do total da movimentação financeira do candidato. Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 28448/AM, relatora Ministra Nancy Andrighi, *Diário de Justiça Eletrônico* de 10.05.2012 – originário de representação fundada no art. 30-A, Lei 9.504/97 – o Tribunal Superior Eleitoral reafirmou o entendimento segundo a qual *“para a aplicação da sanção de cassação do diploma pela prática de arrecadação e gastos ilícitos de recursos de campanha não basta a ocorrência da ilegalidade. Além da comprovação do ilícito, deve-se examinar a relevância do ato contrário à legislação ante o contexto da campanha do candidato”*.

Desde o julgamento do RO 1540/PA, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 1.6.2009, a jurisprudência do TSE é no sentido de que, para a aplicação da sanção de cassação do diploma pela prática de arrecadação e gastos ilícitos de recursos de campanha não basta a ocorrência da ilegalidade. Além da comprovação do ilícito, há que se examinar a relevância do ato contrário à legislação ante o contexto da campanha do candidato.

Em outras palavras, a cassação do registro ou do diploma na hipótese de captação ou gastos ilícitos de recursos - prevista no art. 30-A, § 2º, da Lei 9.504/97 - requer a prova da proporcionalidade (relevância jurídica) das irregularidades praticadas pelo candidato, de modo que a sanção deve ser proporcional à gravidade da conduta, considerando o contexto da campanha.

Esse entendimento justifica-se na medida em que a única penalidade prevista na lei eleitoral pela prática de irregularidades na captação e gastos ilícitos de campanha é a cassação do mandato. Assim, a sanção aplicada deve ser proporcional à gravidade da conduta praticada pelo candidato no contexto da campanha questionada. Não se cogita, portanto, de potencialidade da conduta, mas de proporcionalidade na aplicação da pena.

Nesse sentido: AgR-AI 11.991/MG, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 22.3.2011; AgR-AC 400-59/CE, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 25.5.2010; RO 1453/PA, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 5.4.2010.

Logo, as irregularidades devem ser analisadas no contexto próprio com o objetivo de verificar se são suficientes para a cassação do mandato.

Diante da previsão sancionatória única e que tem como consequência a cassação do mandato eletivo, caminhou a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que o juízo de proporcionalidade deve evitar o possível excesso decorrente da aplicação da sanção nas hipóteses em que aritmeticamente

a conduta não foi relevante. Vale dizer, se o ilícito contábil não é grave, não resta violada a norma, ainda que persista eventual ilicitude na prestação de contas⁵⁴.

A ilegalidade dentro do processo de prestação de contas passível de sanção é, portanto, apenas aquela grave o suficiente para a cassação do mandato eletivo, não se estendendo o art. 30-A da Lei das Eleições aos fatos sem gravidade dentro do contexto daquela campanha em específico. Assim, mesmo em casos em que há “*comprovação de que o recorrido captou recursos de campanha e promoveu gastos de forma contrária à legislação eleitoral*”, se o montante comprovado de irregularidade constitui parcela de pouca significação no contexto da campanha do candidato, não estaria violado o dispositivo em apreço (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 28448/AM, relatora Ministra Nancy Andrighi, *Diário de Justiça Eletrônico* de 10.05.2012). Do citado julgado extrai-se que

Assim, a cassação do mandato eletivo não guarda proporcionalidade com as condutas ilícitas praticadas pelo recorrido no contexto de sua campanha eleitoral, razão pela qual se deixa de aplicar a sanção do § 2º do art. 30-A da Lei 9.504/97, na linha dos precedentes citados.

Nesse sentido, a divergência com o voto do eminente Ministro Relator não reside no reconhecimento da prática das condutas irregulares por parte do recorrido, porquanto devidamente comprovadas, mas tão somente no que se refere à inadequação da penalidade de cassação diante da ausência de proporcionalidade entre os atos ilícitos de responsabilidade de Alfredo Nascimento - devidamente contextualizados em relação à sua campanha - e a gravidade da sanção do § 2º do art. 30-A da Lei 9.504/97.

A Corte Eleitoral tem recorrido, portanto, a um juízo de ponderação que evita o excesso na aplicação de sanção de cassação de mandatos eletivos por condutas que não guardam proporção com a grave sanção prevista, estando a

⁵⁴ “Para a cassação do diploma, nas hipóteses de captação ou gastos ilícitos de recursos (art. 30-A da Lei nº 9.504/97), é preciso haver a demonstração da proporcionalidade da conduta praticada em favor do candidato, considerado o contexto da respectiva campanha ou o próprio valor em si” (TSE, ARO 274556/RR, Min. Arnaldo Versiani, DJE 09.11.2012).

proporcionalidade, portanto, dentro do âmbito de incidência entre o fato tido por ilegal e a norma em questão.

4.2. Condutas Vedadas (art. 73 e ss. Lei 9.504/97)

Com a criação da Emenda da reeleição, em junho de 1997, alterando o art. 14, §5º da Constituição Federal, surgiu enorme preocupação com a desigualdade de oportunidades entre os candidatos que possuem mandato eletivo e aqueles que não têm ligação direta com o aparato estatal⁵⁵. Ao editar-se a Lei nº 9.504/97, denominada Lei das Eleições, o legislador estabeleceu um rol taxativo⁵⁶ de condutas vedadas aos agentes públicos, com a finalidade de proteger a igualdade no certame e a isonomia nas disputas (GOMES, 2014, p. 598).

O legislador destacou, dentre as inúmeras situações que podem caracterizar abuso de poder político ou de autoridades, aquelas consideradas relevantes e reconhecidamente graves (Idem), proibindo aos “*agentes públicos, servidores ou não*” condutas que tendem “*a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais*”. (art. 73, Lei nº 9.504/97).

São essas condutas a cessão ou uso de bens, materiais, serviços ou servidores da administração pública (art. 73, I a III, Lei nº 9.504/97); o uso promocional de distribuição de bens e serviços de caráter social custeados pelo Poder Público (art. 73, IV, Lei nº 9.504/97); a utilização da estrutura administrativa para admissão ou remoção de servidor no período dos três meses que antecedem o pleito (art. 73, V, Lei nº 9.504/97); a transferência voluntária de recursos para outras esferas de governo; a utilização da propaganda institucional – salvo em situações emergenciais – nos três meses que antecedem o pleito (art. 73, VI, Lei nº 9.504/97); bem como a realização de revisão geral da remuneração dos servidores públicos também nos três meses que antecedem o pleito (art. 73, VIII, Lei nº 9.504/97).

⁵⁵ “A reeleição acaba, inevitavelmente, por conferir certa vantagem ao partido que compõe o Governo. Trata-se de autentica mais-valia política, decorrente do exercício do poder. De um lado, deve a Justiça Eleitoral atuar para evitar o abuso de poder e, de outro, conter a tentação de intervir de forma excessiva na vida política” (MENDES, 2011, p. 87).

⁵⁶ “Trata-se de números *clausus*, não se admitindo *acréscimo no elenco legal*. Sobretudo em razão de seu caráter sancionatório, as regras em apreço não podem ser interpretadas *extensiva ou ampliativamente*, de modo a abarcar situações não normatizadas” (GOMES, José Jairo, Direito Eleitoral, 2014, 10ª edição, editora Atlas, fls. 596).

A existência de um rol taxativo de condutas que tendem a desigualar o pleito e a restrição da própria legitimidade passiva restrita aos agentes públicos evidenciam a carga de reprovabilidade das condutas, fato esse que influi de forma direta na aplicação do princípio da proporcionalidade no julgamento desses ilícitos eleitorais.

Nesse ponto, é de se frisar que já se entendeu que a mera ocorrência dessas condutas seria suficiente para a aplicação da sanção mais grave, entendimento superado mesmo antes da alteração legislativa oriunda da Lei Complementar nº 135/2010. Eis a compreensão de GOMES, ainda na primeira edição de seu Direito Eleitoral (2008, fls. 412): *“Tendo em vista que o bem jurídico protegido é a igualdade no certame, a isonomia nas disputas, não se exige que as condutas proibidas ostentem potencialidade para lesar as eleições”*. Exemplifica essa orientação o RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21151, Acórdão nº 21151 de 27/03/2003, Relator(a) Min. FERNANDO NEVES DA SILVA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 27/06/2003, Página 124: *“Para a configuração das hipóteses enumeradas no citado art. 73 não se exige a potencialidade da conduta, mas a mera prática dos atos proibidos”*:

“As condutas vedadas julgam-se objetivamente. Vale dizer, comprovada a prática do ato, incide a penalidade. As normas são rígidas. Pouco importa se o ato tem potencialidade para afetar o resultado do pleito. Em outras palavras, as chamadas condutas vedadas presumem comprometida a igualdade na competição, pela só comprovação da prática do ato”. (Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.795, Relator Ministro Luiz Carlos Madeira, j. 26.10.2004)

Todavia, o Tribunal Superior Eleitoral evoluiu no sentido de admitir a incidência da proporcionalidade em sede de conduta vedada, com a inadmissibilidade da identificação automática entre conduta vedada e cassação de mandato. O primeiro julgado nesse sentido foi Agravo de Instrumento nº 4.345/RJ, Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 04.03.2005:

“O dispositivo do art. 73, § 5º, da Lei nº 9.504/97, não determina que o infrator perca, automaticamente, o registro ou o diploma. Na aplicação desse dispositivo reserva-se ao magistrado o juízo de proporcionalidade.

Vale dizer: se a multa cominada no § 4º é proporcional à gravidade do ilícito eleitoral, não se aplica a pena de cassação.”

Vale dizer, diante da existência de sanção menos grave que tutela eficazmente o bem jurídico protegido, entendeu o Tribunal Superior Eleitoral pelo cabimento do juízo de proporcionalidade dentro da dosimetria da sanção. Após essa compreensão, a evolução da jurisprudência se deu pela exigência de demonstração da potencialidade lesiva para a aplicação da sanção de cassação do registro ou mandato do eleito. Passou-se a analisar a repercussão do evento no resultado do pleito, o que desautoriza a procedência do pedido pela evidente ausência de potencialidade lesiva de atos considerados de menor repercussão, tal como decidido no C. TSE na ARESPE nº 27.197/CE, Min. Joaquim Barbosa, DJU 11.09.2008:

“Representação. Conduta vedada. Art. 73 da Lei nº 9.504/97. Potencialidade de a conduta comprometer o resultado do pleito. Condição indispensável para configuração do ilícito eleitoral. Precedentes. A potencialidade de a conduta interferir no resultado das eleições, segundo posicionamento atual e dominante do TSE, é requisito essencial à caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei nº 9.504/97.”

Do citado julgamento verifica-se a alteração jurisprudencial: diante de acórdão regional que *“segundo jurisprudência ultrapassada dessa Corte (cf. os Acórdãos n. 21.151, de 27.3.2003, e 21.536, de 15.6.2004, rel. min. Fernando Neves; 24.739, de 28.10.2004, rel. min. Francisco Peçanha Martins; e 24.883, de 21.3.2006, rel. min. Humberto Gomes de Barros), entendeu ser desnecessária a aferição da potencialidade lesiva do ato para a configuração da conduta vedada”*, assentou o voto condutor que *“a posição atual e dominante do TSE, explicitada pelo min. Cezar Peluso no Acórdão n. 5.272 é a de que a potencialidade de a conduta interferir no resultado das eleições deve ser requisito essencial à caracterização do ilícito eleitoral previsto no art. 73 da Lei 9.504/97”*, com o seguinte destaque:

“Para não pairar dúvida a respeito do novo entendimento do TSE, cito os seguintes precedentes:

“Recurso Especial. Seguimento negado. Agravo de instrumento. Abuso do poder político e de autoridade. Conduta vedada. Potencialidade para

desequilibrar o resultado do pleito. Não comprovação. Agravo desprovido. É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que a existência de potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito é requisito indispensável para o reconhecimento da prática de conduta vedada e de abuso de poder. (Acórdão n° 6.638, rel. min. Cezar Peluso, de 25.3.2008).

“Influência no equilíbrio do pleito. Inexistência. Ausência de configuração de conduta vedada a agente público. Precedente. Recurso especial não-admitido. Agravo improvido. Para configuração de conduta vedada a agente público, segundo os tipos da Lei das Eleições, o fato deve apresentar capacidade concreta para comprometer a igualdade do pleito. (Acórdão n° 25.758, rel. min. Cezar Peluso, de 22.3.2007).

A existência de potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito é requisito indispensável para o reconhecimento da prática de conduta vedada. (Acórdão n° 25.754, rel. min. Caputo Bastos, de 10.10.2006).

Confiram-se, ainda, os Acórdãos n. 25.073, de 28.6.2005, rel. Caputo Bastos; 26.905, de 16.11.2006, rel. min. Gerardo Grossi; e 25.075, de 27.11.2007, e 25.099 de 25.3.2008, rel. min. Cezar Peluso”

Ocorre que como se tratam de tipos ilícitos dos quais já se presume a violação à isonomia entre os candidatos (art. 73, caput, Lei nº 9.504/97), a caracterização da conduta vedada já afasta a tese de potencialidade lesiva do ato para interferir no resultado do pleito: o aspecto que passou a afastar a aplicação da sanção mais grave passou a ser a lesividade ínfima, contexto em que a proporcionalidade surgiu como de se criar uma adequabilidade entre a sanção e o ato tido por ilegal, evitando eventual excesso sancionatório.

Em outras palavras, em se tratando de conduta vedada, a aplicação da proporcionalidade passou a ter por finalidade evitar uma desproporção entre a sanção aplicável, dentre as possíveis e eventual excesso, realizando o interprete um juízo de adequação e necessidade, evitando-se a cassação de mandatos eletivos – e via de consequência o afastamento do princípio democrático – nas hipóteses em que outra sanção menos drástica é suficiente para o apenamento da conduta:

“Gostaria apenas de enfatizar a inadmissibilidade, em um autêntico regime democrático, de uma rotineira e excessiva relativização do princípio majoritário. Não se cuida aqui, de opção política judiciária a ser ou não desenvolvida por esta Corte, mas de inevitável aplicação do princípio da

proporcionalidade, que, entre nós, está expresso na cláusula do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV da Constituição Federal). Há, especialmente, uma violação à proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista a ponderação entre os valores constitucionais que, no caso, se apresentam contrapostos.

No caso concreto, pode-se verificar a ausência da proporcionalidade, ou ainda um autêntico excesso na aplicação da grave sanção imposta em razão da conduta descrita no art. 73, VI, b, da Lei das Eleições”. (MENDES, 2011, fl. 761, AgRgAg 5.282, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 3.6.2002)

Em hipótese assemelhada, compreendeu o Ministro Gilmar Mendes que “a sanção imposta pela decisão de origem indicava desproporção ou autêntico excesso na aplicação de grave sanção – cassação de registro de candidato – imposta em razão da conduta descrita no art. 73, inc. VI, b, da Lei das Eleições.” (AgRg no AI 5.282, in. MENDES, 2011, 87)

Não são poucos os exemplos adotados pelo Tribunal Superior Eleitoral em que mesmo nas hipóteses de confirmação da caracterização da conduta vedada, optou o Poder Judiciário em evitar a pena mais gravosa, porquanto a multa, que é obviamente mais branda, já era suficiente para ilidir a conduta e responsabilizar o agente público:

“Este Tribunal Superior já firmou entendimento no sentido de que, quanto às condutas vedadas do art. 73 da Lei nº 9.504/97, a sanção de cassação somente deve ser imposta em casos mais graves, cabendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade da sanção em relação à conduta.

(...) Afigura-se desproporcional a imposição de sanção de cassação a candidato à reeleição ao cargo de deputado estadual que comparece em uma única inauguração, em determinado município, na qual não houve a presença de quantidade significativa de eleitores e onde a participação do candidato também não foi expressiva”. (TSE, AgR-RO 8902-35/GO, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJe de 21/8/2012)

O que tem sido feito, portanto, é uma ponderação entre a preservação do princípio majoritário e a imposição legal de se punir agentes públicos responsáveis por condutas já reconhecidas graves e que o legislador compreendeu como

violadoras à isonomia de condições no pleito eleitoral, pelo que a interpretação se restringe à adequabilidade sancionatória, contexto em que o princípio da proporcionalidade tem por escopo proibir o excesso da sanção.

Nesse norte José Jairo Gomes, revendo sua compreensão, já na décima edição de sua obra (2014), observa que

“o fato de uma conduta ser vedada a agente estatal não significa que sempre e necessariamente leve à cassação do diploma, pois nesta seara incide o princípio da proporcionalidade, pelo que a sanção deve ser sempre ponderada em função da lesão perpetrada ao bem jurídico. Em tese, uma conduta vedada pode ser sancionada com multa, com a só determinação de cessação ou mesmo com a invalidação do ato impugnado”. (fl. 515)

É que *“as sanções previstas para a prática de conduta vedada são (i) cominação de multa e (ii) cassação do registro ou do diploma, nos termos do art. 73, §§ 4º e 5º, da Lei das Eleições”, pelo que “o julgador aplicá-las isolada ou cumulativamente, proporcionalmente à gravidade, in concreto, da conduta perpetrada”* (TSE, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 15017, Acórdão de 10/03/2015, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: DJE - *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 79, Data 28/04/2015, Página 112)

Nessa linha *“o juízo de proporcionalidade incide apenas no momento da fixação da pena. As circunstâncias fáticas devem servir para mostrar a relevância jurídica do ato praticado pelo candidato, interferindo no juízo de proporcionalidade utilizado na fixação da pena.”* (TSE, AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 27896, Relator(a) designado(a) Min. FELIX FISCHER, DJE - *Diário da Justiça Eletrônico*, Data 18/11/2009, Página 43 RJTSE - *Revista de jurisprudência do TSE*, Volume 20, Tomo 4, Data 8/10/2009, Página 214)

Assentado o limite da proporcionalidade, reconhece-se que a sanção aplicada deve guardar razoabilidade com o ato praticado e ter pertinência com o bem jurídico tutelado, pelo que se a imposição da multa ou outra sanção é suficiente para a

reparação dos ilícitos praticados⁵⁷, é inadequada a invalidação dos sufrágios obtidos.

Conclui-se, pois, a teor da compreensão do Tribunal Superior Eleitoral, que não há conduta vedada irrelevante, eis que esse rol já pressupõe sua capacidade para afetar a isonomia do pleito e a igualdade de oportunidades entre os candidatos, sendo sempre necessária a aplicação de sanção por adequação típica⁵⁸. Todavia, a penalidade não necessita ser, obrigatoriamente, a cassação de mandatos eletivos, eis que fatos considerados irrisórios ou irrelevantes não se adequam à grave sanção de cassação de registro/diploma.

4.3 Abuso de Poder Político e Econômico (art. 14, §9º da CF/88 e art. 22 da LC 64/90)

A norma eleitoral, com base em comando constitucional de eficácia limitada⁵⁹, adotou, acertadamente, a opção por pretender impedir a influência dos abusos de poder econômico, político e de autoridade no processo eleitoral. É claro que o poder político e econômico em si são fatos intrínsecos da vida em sociedade, estando presentes no carisma, na influência cultural, na dependência econômica (SOARES, 2009, fls. 356). Todavia, embora sejam fatos sociologicamente apreendidos, frutos do convívio social, e do regime econômico capitalista por nós adotado, *“pode o direito positivo impor contornos ao seu exercício legítimo, tornando ilícito, e por isso mesmo abusivo, todo uso nocivo (...), que contamina a liberdade do voto e o resultado legítimo das eleições”* (SOARES, 2009, fls. 356).

⁵⁷ “A lesividade de “ínfima extensão” não afeta a igualdade de oportunidades dos concorrentes, mostrando-se, portanto, desproporcional a cassação do registro ou diploma, sendo suficiente a multa para reprimir a conduta vedada”. (TSE, Respe 35739, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE 18/02/2011).

⁵⁸ *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 11488, Acórdão de 22/10/2009, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 30/11/2009, Página 28 (“Caracterizada a conduta vedada, a multa do § 4º do art. 73 da Lei das Eleições é de aplicação impositiva, não havendo falar em princípio da insignificância, cabendo ao julgador, em face da conduta, estabelecer o quantum da multa que entender adequada ao caso concreto”);*

⁵⁹ O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144, reconheceu a ausência de eficácia plena ao art. 14, §9º da Constituição Federal, ao compreender a necessidade de Lei Complementar para definir o conceito de “outros casos de inelegibilidade” decorrente da “vida pregressa” do candidato.

E foi dentro dessa perspectiva que editou-se a Lei Complementar nº 64/90 – que regulamentou as disposições do §9º do art. 14 da CF/88 – discorrendo em seu artigo 22 a possibilidade de abertura de ação de investigação judicial eleitoral “*para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político*”. A sanção decorrente dessas condutas são, cumulativamente, a sanção de inelegibilidade, bem como a “*cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação*”. (Inciso XIV, art. 22, LC 64/90).

Assentadas essas premissas, verifica-se, inicialmente, a dificuldade de caracterização dos abusos, podendo ser definido, como bem pontuado por GOMES (2014, fls. 246), que se caracterizará o abuso sempre que houver uma ação – ou omissão – com a finalidade de influenciar determinada opção ou comportamento alheio, pelo que o tipo eleitoral em análise tem por finalidade impedir condutas desarrazoadas ou anormais dentro do contexto da campanha, que revelem desbordamento ou excesso por parte dos recursos detidos ou controlados pelo beneficiário ou a ele disponibilizados.

O abuso de poder econômico, a seu turno, diz respeito aos atos que denotem mau uso de recursos patrimoniais, de forma desarrazoadas ou anormais, “*revelando a existência de exorbitância, desbordamento ou excesso no exercício dos respectivos direitos e no emprego de recursos*” (GOMES, 2014, fls.257). O abuso de poder político ou de autoridade, por sua vez, “*deve ser visto como a atividade improba do administrador, com a finalidade de obter-lhes voto*” (SOARES, 2009, fls. 359)

Apesar dos conceitos bem adequados, há evidente amplitude subjetiva na norma⁶⁰, pelo que o conceito de abuso, em contraposição aos demais ilícitos eleitorais, são normas demasiadamente abertas, passíveis das mais diversas interpretações. Essa característica, aliada ao fato de que a única sanção prevista é a mais grave, dificulta a própria caracterização e análise da incidência da norma, pelo que o princípio da proporcionalidade incide dentro da própria caracterização do

⁶⁰ Para SOARES, “*o abuso de poder constitui conceito jurídico indeterminado, fluido e aberto, cuja delimitação semântica só pode ser feita na prática, diante das circunstâncias que o evento apresentar. Portanto, em geral, somente as peculiaridades do caso concreto é que permitirão ao interprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso*”. (2009, fl. 236)

ilícito, vale dizer, está inserto na aferição da violação aos bens jurídicos tutelados pelo art. 14, § 10, CF.

A característica aberta e abstrata dessas normas entra em confronto com os princípios da legalidade e da segurança jurídica, eis que as normas restritivas de direito – especialmente as sancionadoras, sejam de caráter administrativo, penal ou cível – devem veicular conceitos jurídicos determinados, de características rígidas e irrenunciáveis. MISABEL DERZI⁶¹ anota que

“a conformidade à lei é o princípio da legalidade, compreendido como limitação às fontes do direito e reforço à discriminação entre as funções estatais. Inócuo seria se não se impusesse a quem aplica o direito, seja o Poder Judiciário (com exclusividade, no caso dos delitos e das penas) seja o Poder Executivo, que ajustem seus atos ao teor exato da lei, portanto, à norma nela contida. A adequação das decisões judiciais e demais atos de aplicação das leis, os mecanismos de revisão dessas decisões, adotados pelo ordenamento jurídico, assim como os dogmas de proibição de inovação da lei através de órgãos que não são do Poder Legislativo, funcionam como garantias que visam a realizar o império da legalidade”,

Da citação anterior, extrai-se que a exigência de previsibilidade e certeza no âmbito do Direito Punitivo é concretizada justamente pela determinação dos conceitos empregados pelas normas:

“Na verdade, os penalistas, em especial latino-americanos, denominam de tipo o conceito determinado e fechado. Usam a expressão tipo no sentido não técnico e designam por tipicidade o princípio segundo o qual a norma deve descrever os delitos e os tributos, descendo a especificações que permitam ao intérprete e aplicador da lei determinar com precisão os fatos jurígenos e suas consequências.

A lei, pois, não se deve valer de conceitos indeterminados, amplamente abstratos ou ambíguos mas utilizar conceitos determinados especificastes.

Onde quer o legislador reforçar a segurança jurídica, impõe a legalidade material absoluta. A norma legal colhe então o tipo (socialmente aberto) modelando-o e fechando-o em conceitos determinados.

A rigor, o conhecido princípio da “tipicidade”, no direito penal e no direito

⁶¹ DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p. 125-127.

tributário, cede lugar ao da especialidade ou especificidade conceitual. A especialidade conceitual normativa representa o enrijecimento da legalidade, sua intensificação em favor da segurança, como diria Soler, “segundo o que nos tem ensinado um século e meio de experiência jurídica, de doutrina e de política”. Considerado por diversos penalistas como a própria legalidade em seu grau máximo de expressão e por tributaristas como a face material e absoluta do princípio, o princípio da especificidade conceitual afigura-se, convém repetir, como mais um reforço do ideal perseguido: o de segurança jurídica.”

Em suma, a ausência de conceitos fechados dificulta a solução dos casos concretos, mediante (1) controle da consistência das decisões judiciais; (2) exclusão da atribuição de sentidos exorbitantes dos significados possíveis da palavra; (3) formatação de expectativas normativas de comportamento e (4) concretização do princípio da igualdade perante a lei⁶², pelo que, nas hipóteses de abuso, a proporcionalidade surgiu como forma de limitação dessa abertura legislativa, limitando interpretações excessivas, que possam levar à violação ao princípio democrático.

E a questão ganha ainda mais relevo, na medida em que o bem jurídico tutelado pelo art. 14, §§ 9º 10º é a legitimidade do pleito, viciado pela prática abusiva, pelo que restou compreendido ser desnecessária a participação direta do candidato no ilícito – e, via de consequência, do elemento subjetivo (dolo ou culpa). Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral já “consagrou o entendimento de que o abuso de poder pode ser apurado tanto em relação ao beneficiário como em relação ao autor, pois o que se busca preservar é a lisura do pleito, sendo de somenos importância perquirir a participação ou não do beneficiário na prática dos atos abusivos (cf. Ac. nº 21.308, de 18.12.2003, rel. min. Barros Monteiro e Ac. nº 2.987, de 04.09.2001, rel. min. Fernando Neves)” (AG 7209/BA, Min. Joaquim Barbosa, DJE 17.09.2009), entendimento que surgiu do voto do Min. Sepúlveda Pertence no RESP 9145/MG, Min. Hugo Gueiros, DJU 16.09.91:

“A perda do mandato, que pode decorrer da ação de impugnação, não é pena, cuja imposição devesse resultar da apuração de crime eleitoral de responsabilidade do mandatário, mas, sim, consequência do

⁶² Cf. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

comprometimento da legitimidade da eleição por vícios de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Por isso, nem o art. 14, § 10, nem o princípio do due process of law, ainda que se lhe empreste o conceito substancial que ganhou na América do Norte, subordinam a perda do mandato à responsabilidade pessoal do candidato eleito nas práticas viciosas que, comprometendo o pleito, a determinem.

O que importa é a existência objetiva dos fatos - abuso do poder econômico, corrupção ou fraude - e a prova, ainda que indiciária, de sua influência no resultado eleitoral.

Assim, creio, ninguém porá em dúvida que a fraudulenta manipulação matemática na totalização dos votos - ainda que atribuída exclusivamente à conduta criminosa de órgãos da Justiça Eleitoral - quando tenha importado em proclamar vencedor o candidato vencido, deva acarretar a perda do mandato, nada importando, contra a verificação objetiva da adulteração do resultado do pleito, que seja inocente o beneficiário dela.

O mesmo é de concluir, mutatis mutandis, no caso do abuso por terceiro do poder econômico ou da prática da corrupção eleitoral.

O voto vencido no TRE do il. Juiz Delmival de Almeida Campos suscita contra esse entendimento, primeiro, que o Direito Penal repele a responsabilidade sem culpa e, segundo, com a possibilidade de adversários, na antevisão da derrota, forjarem a prática de corrupção ou fraude em favor do favorito, para, depois, impugnar-lhe a eleição.

Mas, de responsabilidade penal não se cuida e, sim, de objetivo comprometimento da legitimidade ou da autenticidade do resultado eleitoral.”

Tem-se, pois, o seguinte contexto: tipos abertos, de sanção única e grave, pelo qual sequer é necessária a participação direta do sujeito passível de responsabilização, pelo que a proporcionalidade ganha bastante relevo, seja dentro da definição das condutas passíveis de sanção, ou mesmo dentro da análise dos bens jurídicos tutelados. E, nessa perspectiva, a compreensão dos Tribunais Eleitorais sempre se pautou pela necessidade de aplicação da proporcionalidade na caracterização dos abusos, ainda que sob o manto da potencialidade⁶³ - conceito já superado, conforme demonstrado no tópico evolução histórica.

⁶³ “RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER POLÍTICO. POTENCIALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO PROVIMENTO.

Como já visto, o conceito de potencialidade, especialmente após a edição da Lei Complementar nº 135/2010, evoluiu para a análise da gravidade da conduta, até mesmo porque era extremamente difícil a compreensão da potencialidade, usualmente resumida a critérios aritméticos, que não expressavam, em bases seguras, nexos causal direto e preciso entre as condutas praticadas e a influência no pleito⁶⁴, não protegendo de forma mais adequada os bens jurídicos tutelados na Constituição Federal. Foi nesse cenário que evoluiu a jurisprudência, para assentar que *“o reconhecimento do abuso de poder e, conseqüentemente, a aplicação da sanção de cassação de diploma exigem do magistrado um juízo de proporcionalidade entre a conduta praticada e a necessidade de se aplicar essa grave pena”*. (TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 43575, Acórdão de 30/04/2015, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: DJE - *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 100, Data 28/5/2015, páginas 166-167)⁶⁵

É que *“com base na compreensão da reserva legal proporcional, nem toda conduta vedada e nem todo abuso do poder político acarretam a automática cassação de registro ou de diploma, competindo à Justiça Eleitoral exercer um juízo de proporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção a ser imposta”* (GILMAR MENDES, ob. cit. anterior).

1. Na espécie, a secretária municipal de assistência social teria realizado três reuniões com servidores públicos da respectiva secretaria, nas quais os teria pressionado a aderir a eventos da campanha eleitoral da esposa do prefeito municipal, candidata ao cargo de deputado federal nas Eleições 2010. (...)

3. No caso dos autos, a conduta investigada não se revelou suficientemente grave para caracterizar abuso de poder, pois não alcançou repercussão social relevante no contexto da disputa eleitoral nem teve o condão de prejudicar a normalidade e a legitimidade do pleito.

4. Recurso especial eleitoral não provido” (Tribunal Superior Eleitoral, Recurso Ordinário nº 11169, Acórdão de 07/08/2012, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 163, Data 24/08/2012, páginas 36-37).

⁶⁴ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. CONTRATAÇÃO DE PARCELA SIGNIFICATIVA DO ELEITORADO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO. NEXO CAUSAL. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

1. A utilização de recursos patrimoniais em excesso, públicos ou privados, sob poder ou gestão do candidato em seu benefício eleitoral configura o abuso de poder econômico.

2. O significativo valor empregado na campanha eleitoral e a vultosa contratação de veículos e de cabos eleitorais correspondentes à expressiva parcela do eleitorado configuram abuso de poder econômico, sendo inquestionável a potencialidade lesiva da conduta, apta a desequilibrar a disputa entre os candidatos e influir no resultado do pleito.

3. A comprovação do nexo de causalidade no abuso de poder econômico é desnecessária. Precedentes.

4. Recurso Especial conhecido e provido (Tribunal Superior Eleitoral, Recurso Especial Eleitoral nº 191868, Acórdão de 04/08/2011, Relator(a) Min. GILSON LANGARO DIPP, Publicação: DJE - *Diário da Justiça Eletrônico*, Data 22/08/2011, página 14).

⁶⁵ Incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e do art. 22, XVI, da LC 64/90, a teor da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral (TSE, REspe nº 484-72/MG, rei. Mm. João Otávio de Noronha, julgado em 5.8.2014).

É de se concluir, pelo exposto, a dificuldade de se aplicar o princípio da proporcionalidade nas ações que cuidam das diversas modalidades de abuso de poder, eis que, apesar do princípio encontrar-se ínsito à noção de gravidade da conduta, a abertura conceitual do tipo leva a inúmeras dificuldades na caracterização de incidência. O princípio deve atuar como autêntico limitador de práticas interpretativas abusivas, situando-se no campo da aplicação, descaracterizando condutas que não tenham gravidade suficiente para levar à grave sanção imposta pela norma. Nesse ponto, é de se destacar que o princípio deve ter correspondência com a razoabilidade, avaliada à luz dos bens jurídicos protegidos, no caso, a probidade, a moralidade, bem como a normalidade e legitimidade das eleições (art. 14, § 9º, CF).

4.4. Excesso de Doação – Pessoa Jurídica (art. 81, Lei nº 9.504/97)

Embora o ilícito previsto no art. 81 da Lei das Eleições não seja passível de cassação de mandato eletivo – objeto específico do presente trabalho – até mesmo porque limitado a pessoas jurídicas e físicas não-candidatas, parece imprescindível uma sucinta abordagem sobre o tema, porquanto bastante relevante sob a ótica do princípio da proporcionalidade, seja pelas graves sanções nele descritas – pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso, bem como a pessoa jurídica que ultrapassar o limite fixado estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos (art. 81, §§ 2º e 3º da Lei 9.504/97) – mas, principalmente, pela sua inequívoca importância⁶⁶.

O financiamento das campanhas constitui ponto sensível em todas as sociedades hipercomplexas da pós-modernidade, porquanto *“a arrecadação de fundos financeiros para custear campanhas eleitorais adquiriu um lugar central (...), com consequências para o equilíbrio da competição e a geração de oportunidades*

⁶⁶ A constitucionalidade da doação por parte de pessoas jurídicas é alvo de ação junto ao Supremo Tribunal Federal (ADI 4650) na qual se reconheceu a inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas. A questão também é objeto de projeto de emenda constitucional, atualmente em trâmite junto ao Senado Federal, com primeira votação sinalizando pelo fim do financiamento empresarial de campanha.

na competição eleitoral das democracias contemporâneas”, como assinala André Marengo:

O incremento nos custos de campanhas eleitorais está relacionado a uma combinação de fatores, especialmente salientes nas poliarquias modernas: por um lado, aumento na competição eleitoral, a partir da mudança nos padrões organizacionais dos partidos políticos, com o declínio dos velhos partidos de massas, baseados em clivagens societárias, religiosas ou culturais, capazes de fornecer eleitores fiéis e previsíveis em seu voto, e militantes dispostos à cotização financeira. Paralelamente, o desenvolvimento técnico de sondagens de opinião pública, recursos de propaganda eleitoral e a tecnologia dos meios de comunicação, tornou-os indispensáveis a campanhas partidárias competitivas, exponenciando os custos exigidos para alcançar os eleitores em disputa. Isso ampliou o fosso entre um financiamento baseado em contribuições individuais de militantes e simpatizantes, e o volume e a regularidade nos fluxos financeiros exigidos para sustentar campanhas eleitorais. (MARENCO, 2008, p. 381-382)

O referido autor traça um paralelo entre o volume da arrecadação financeira para campanhas eleitorais de partidos/candidatos no Brasil e nos Estados Unidos, do qual se extrai o quão relevante é o tema, especialmente no Brasil:

Conforme David Samuels, o custo de uma campanha presidencial estaria em torno a U\$ 3 bilhões nos Estados Unidos e entre U\$3,5 bilhões e U\$ 4,5 bilhões no Brasil, mesmo com a existência do horário eleitoral gratuito, que deveria reduzir a despesa de propaganda dos candidatos. O valor médio arrecadado por deputados federais eleitos no Brasil em 2006 situou-se em R\$ 503 mil, estabelecendo uma relação de 4,8 reais por voto conquistado. Por outro lado, candidatos não eleitos ou apenas suplentes arrecadaram na mesma ocasião R\$ 158,9 milhões, correspondendo a uma relação de 5,6 reais por voto conquistado. Se, de um lado, isso sugere não existir uma relação linear entre gastos de campanha e sucesso eleitoral, por outro, revela a escala de custos e a dependência em relação aos investidores” (Idem)

Nesse sentido, pertinente repisar as críticas ao sistema pós-1988 efetivadas por Carlos Mario da Silva Velloso e Walber de Moura Agra:

a predominância do sistema de financiamento privado fez com que os detentores do poder econômico tenham vantagem nas eleições, tornando o sistema eleitoral extremamente desigual, haja vista privilegiar os cidadãos que dispõem de fontes de financiamento em detrimento daqueles que não possuem

condições financeiras suficientes” (2009, p. 223). Para DAVID SAMUELS, o dinheiro “faz com que a balança pese a favor do candidato que tiver a seu lado contribuintes endinheirados. O dinheiro acentua a viabilidade das candidaturas e sua falta limita enormemente a competitividade dos candidatos. (VELLOSO e AGRA, 2006, p. 148)

Assentada a importância da questão, a norma em apreço consigna que para as pessoas jurídicas⁶⁷ o limite para doações de pessoas jurídicas para candidatos é de 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição, declarado à Receita Federal (art. 81, § 1º, Lei 9.504/97), abrangendo a doação de recursos em espécie (art. 22, I e II, Resolução TSE nº 23.376/2011), assim como a “doação ou cessão temporária de bens e/ou serviços estimáveis em dinheiro” (art. 22, III, Resolução TSE nº 23.376/2011).

A sanção é tratada em dois parágrafos distintos, o primeiro (art. 81, §2º) assenta o cabimento de multa, de cinco a dez vezes o valor do excesso da doação, o que já implica um juízo de proporcionalidade nesse ponto, ao passo que o segundo (art. 81, §3º) possibilita a cumulação da multa do artigo anterior com a proibição de contratar, que muitas vezes pode acarretar graves dificuldades à manutenção das atividades das empresas, porquanto, como cediço, boa parte dos doadores de campanha, detém relevantes contratos com Poder Público⁶⁸.

⁶⁷ O Presidente da Comissão de Reforma do Código Eleitoral, Min. DIAS TOFFOLI, já se manifestou – em artigo doutrinário – favoravelmente à extinção das doações eleitorais por pessoas jurídicas: “a pessoa jurídica não vota, não pode ser votada e, caso pudesse votar, não haveria como se lhe computar um voto formal e materialmente igual ao de todos. Portanto, não há um porquê, perante a Constituição Federal, em participar, financeiramente ou por qualquer outra forma, do processo eleitoral, excetuando-se as empresas de radiodifusão sonora e de sons e imagens as quais, por serem concessionárias de serviço público, arcam com o ônus da concessão no período eleitoral, e a imprensa escrita e a internet, que são regidas pela garantia da liberdade de manifestação do pensamento. Já a pessoa física tem o direito, como detentora, por excelência, da soberania popular, de contribuir financeiramente para as campanhas, desde que dentro de limites. Deve-se, pois, superar a discussão bifurcada entre financiamento público ou privado de campanha, como a única forma de se coibir os ilícitos eleitorais. Estes, em sua maioria, têm participação de pessoas jurídicas. Assim, evoluímos no sentido de que as empresas devem se manter distanciadas do processo eleitoral brasileiro, em que modalidade for. Por fim, a lei deveria estabelecer um teto máximo de gastos para as campanhas eleitorais de cada qual dos cargos em disputa, de forma a uma maior igualdade, lisura e equidade no processo eleitoral” (TOFFOLI, José Dias. “A participação da pessoa jurídica no processo eleitoral brasileiro”. In: CIAMPOUNI NETO, Cesar; WARDE JR, Walfrido Jorge.(org.). *O direito de empresa nos tribunais brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 42).

⁶⁸ A fim de se contextualizar o exposto, basta constatar que a segunda empresa que mais doou em para campanhas eleitorais no ano de 2012, Construtora Queiroz Galvão S.A (R\$ 52.135.000,00 – cinquenta e dois milhões centro e trinta e cinco mil reais) foi a sexta empresa mais contratada pelo Governo Federal, com contratos que alcançaram o valor de R\$ 518.932.189,89 (quinhentos e dezoito milhões, novecentos e trinta e dois mil, cento e oitenta e nove reais e oitenta e nove centavos). Do mesmo modo, a quarta empresa em número de doações doadora de campanha eleitoral, Construções e Comercio Camargo Corrêa S/A, que doou R\$ 32.990.000,00 (trinta e dois milhões, novecentos e noventa mil reais) para campanhas eleitorais em 2012, recebeu nada menos do que R\$

Com efeito, o impedimento de licitar e de contratar com o Poder Público por cinco anos equivale à sanção prevista na Lei 8.429/92 (Improbidade Administrativa) para os atos que causam prejuízo direto ao erário (artigos 10 e 12, inciso II, ambos da Lei nº 8.429/1992), conduta que, por envolver necessariamente recursos públicos, é muito mais grave que a doação em excesso.

Dadas as particularidades desse ilícito, verifica-se a presença do princípio da proporcionalidade – dentro do contorno da própria razoabilidade – na aplicação da sanção para a irregularidade em apreço, levando em consideração aspectos como a boa-fé objetiva e a transparência exigida pela legislação eleitoral, de modo que a multa e a proibição de contratar não precisam ser necessariamente cumuladas.

De fato, a incidência isolada das sanções decorre do princípio da proporcionalidade, cuja violação é definida por Jorge Miranda como “*disfunção lógica revelada através da contradição interna da lei ou da inadequação de seu conteúdo com seu fim*” (MIRANDA, 1996, p. 346), caracterizada, no caso, pela desproporção entre a aplicação das penalidades em bloco e a suposta falta cometida, limitada ao eventual uso de recursos privados, simples decorrência do exercício do direito de propriedade.

Nessa linha, é que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral passou a admitir a aplicação isolada da penalidade de multa nas hipóteses em que não se verifica reincidência e/ou a doação questionada não se revestir de maior gravidade (art. 81, §2º, Lei 9.504/1997), afastando-se expressamente a proibição de contratar com o Poder Público e de participar de licitações (art. 81, § 3º, Lei 9.504/97). É o que compreendeu o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 3098-87, Ministro Dias Toffoli, DJE 07.11.2012, para, mesmo diante da permanência da multa, excluir as sanções remanescentes:

251.053.742,41 (duzentos e cinquenta e um milhões, cinquenta e três mil, setecentos e quarenta e dois reais e quarenta e um centavos) em contratos com a União. Não difere a situação da Construtora Norberto Odebrecht Brasil S/A que doou R\$ 25.540.000,00 (vinte e cinco milhões, quinhentos e quarenta mil reais) e auferiu 1.135.742.556,56 (um bilhão, cento e trinta e cinco milhões de reais, setecentos e quarenta e dois mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e cinquenta e seis centavos) em contratos com o Governo Federal, sendo a empresa que mais recebeu receita decorrente dos cofres públicos. Não apenas empreiteiras, mas a situação também é recorrente entre bancos, tal como se exemplifica a partir do Banco Santander S.A que doou R\$ 6.500.600,00 (seis milhões, quinhentos mil e seiscentos reais) nas últimas eleições e obteve receita de R\$ 216.935.600,66 (duzentos e dezesseis milhões, novecentos e trinta e cinco mil, seiscentos reais e sessenta e seis centavos) decorrentes de contratos com o Governo Federal (<http://www.politicaaberta.org/ranking/1>) Acesso em 15/11/2015.

RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO. DOAÇÃO À CAMPANHA ELEITORAL ACIMA DO LIMITE ESTABELECIDO NO ART. 81, § 1º, DA LEI Nº 9.504/97. PESSOA JURÍDICA. MULTA. INCIDÊNCIA. PROVIDO. (...) 2. No caso concreto, é proporcional e razoável a cominação da multa em seu mínimo legal, correspondente a cinco vezes a quantia em excesso, porquanto a doação efetuada não se revestiu de gravidade que justifique sanções mais severas. 3. Recurso Especial provido.

Em idêntico sentido e também do C. Tribunal Superior Eleitoral, o ARESPE nº 928/ES, Ministro Arnaldo Versiani, DJE 07.11.2012, assim ementado:

Representação. Doação acima do limite legal. Pessoa jurídica.

1. As sanções previstas nos §§ 2º e 3º do art. 81 da Lei nº 9.504/97 não são cumulativas, podendo-se, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aplicar tão somente a multa, caso se entenda ser essa suficiente para sancionar a infração ao limite legal de doação por pessoa jurídica.

2. A aplicação cumulativa das sanções do art. 81 da Lei das Eleições (multa, proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos) depende da gravidade da infração a ser aferida pelo julgador.

Agravo regimental não provido.

Do citado precedente pode-se inferir que

Observo que, segundo o § 2º, ultrapassado o limite legal de doação, deve aplicar-se à pessoa jurídica ao menos a multa de cinco a dez vezes a quantia em excesso. Já o § 3º, expressamente, estabelece que a pessoa jurídica estará sujeita à proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de cinco anos. Isso permite concluir que as sanções previstas nos §§ 2º e 3º não são cumulativas. Observando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pode aplicar-se tão somente a multa caso se entenda que ela é suficiente para reprimir a conduta. AgR-REspe nº 9-28.2011.6.08.0039/ES 5 A aplicação cumulativa das sanções depende da gravidade da infração, considerando a gravosa

sanção prevista no § Y. Cito, sobre o tema, o seguinte trecho da decisão no Agravo de Instrumento nº 9.175, relator Ministro Ricardo Lewandowski, de 15.10.2009: [...] entendo que o recurso deve ser parcialmente provido, apenas para afastar a sanção prevista no § 30 do art. 81 da Lei das Eleições. Isso porque, deve-se interpretar os parágrafos 20 e 30 do art. 81 da Lei 9.504/197 da mesma forma que este Tribunal interpretou os parágrafos 40 e 50 do art. 73 da mesma lei, já que esses preceitos legais possuem redação bastante semelhante. Menciono o REspe 26. 060/DF, Rei. Mm. Cezar Peluso; o AI 5.3431 Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; o REspe 36.0101SP, Rei. Mm. Felix Fischer; e o RO 2.3441MA, Rei. Mm. Arnaldo Versiani. Ou seja, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, de tal modo que, na fixação da multa a que se refere o § 2º ou para as sanções de proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público, estabelecidas no § 30, deve ser levada em conta a gravidade da conduta. Esclareço que sempre que violado o preceito legal, ao menos a multa deve ser aplicada, sendo que no caso dos autos, considero que ela é suficiente para reprimir a conduta ilícita. Nesse sentido, o AI 10.372/PR, Rei. Mm. Marcelo Ribeiro. Com essas considerações, tenho que não merece reparos a decisão do TRE/ES de aplicação apenas da multa, ao fundamento de ser ela satisfatória para reprimir a infração cometida.

A aplicação da proporcionalidade, portanto, não induz à aplicação do princípio da insignificância no âmbito da representação por doação de campanha acima do limite legal, sendo certo que sempre incidirá a penalidade na hipótese de superação do limite pelo doador⁶⁹, pelo que segundo jurisprudência deste Tribunal Superior Eleitoral, "*os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade não autorizam o Poder Judiciário a aplicar multa abaixo do mínimo legal, como também*

⁶⁹ "Não há falar em aplicação do princípio da insignificância no âmbito da representação por doação de campanha acima do limite legal, incidindo a penalidade simplesmente em razão do desrespeito, pelo doador, aos limites objetivamente expressos na lei, sendo irrelevante o fato de ser ínfimo o valor excedido na doação, bem como a verificação de boa-fé" (TSE, AgR-REspe nº 713-45/BA, Rei. Mm. Dias Toffoli, DJe de 28.5.2014).

não se pode considerá-la confiscatória, inclusive por não ter natureza tributária" (TSE, AgR-AI nº 68-22/SP, relatora Ministra LUCIANA LÓSSIO, DJE 22.4.2014).

Portanto, parece certo que a aplicação do princípio da proporcionalidade se limita à extensão da pena, havendo um juízo de adequação para que a dosimetria da sanção aplicada seja proporcional ao ilícito praticado, dos quais se levará em consideração os seguintes aspectos: a) extensão do dano ou valor do excesso⁷⁰; b) implicação da sanção na atividade econômica do infrator; c) reincidência; d) boa-fé objetiva; d) transparência da doação.

⁷⁰ *"Quanto à aplicação das sanções legais, reitero que a jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que a infringência ao dispositivo do art. 81 da Lei das Eleições não sujeita o infrator, cumulativamente, às penas de multa e de proibição de contratar com o poder 7- AgR-AI nº 956-80.2011.6.1 6.0000/PR KI público, que decorre da gravidade da infração e deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. No caso, a aplicação das sanções deve ser mantida em razão do alto percentual ultrapassado na doação, o que demonstra a gravidade da conduta da recorrente"* (TSE, Agravo Regimental nº 95680, Acórdão de 10/04/2014, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 84, Data 08/05/2014, página 79).

5. A JURISPRUDÊNCIA ELEITORAL BRASILEIRA: AFINAL, QUE PROPORCIONALIDADE?

A importância da proporcionalidade para o discurso jurídico, ao menos do ponto de vista retórico, já foi fartamente demonstrada, bem como as principais variações sobre a temática na dogmática. Impõe-se agora um apanhado geral do que foi abordado, analisando de forma mais analítica a correlação entre a construção teórica e a prática discursiva do Tribunal Superior Eleitoral.

Tal análise é fundamental uma vez que as decisões da corte superior eleitoral brasileira guiam e orientam a aplicação do direito pelas instâncias inferiores na solução das controvérsias locais e estaduais.

Cumprido, portanto e em um primeiro momento, esquematizar a jurisprudência eleitoral em relação ao tema. Após, será feita uma comparação entre as principais construções teóricas e as decisões do Tribunal Superior Eleitoral com o objetivo de se verificar a compatibilidade entre as construções teóricas abstratas e as decisões práticas tomadas pelo tribunal. Desta forma será possível a compreensão da posição do TSE sobre o tema e, além disso, a conclusão acerca da existência de coerência na aplicação jurisprudencial da proporcionalidade ou da razoabilidade de forma a gerar previsibilidade e, por extensão, segurança jurídica.

Por fim, será apresentada uma proposta para aperfeiçoar a compreensão do tema e gerar mais estabilidade decisória, equilíbrio na disputa e evitar a impunidade. Inicia-se revisitando o entendimento do TSE acerca da proporcionalidade.

5.1. A proporcionalidade no TSE

O Tribunal Superior Eleitoral alterou significativamente sua percepção sobre o modo de aplicação das regras eleitorais, distanciando-se do modelo do “tudo ou nada” que frequentemente gerava punições muito severas em casos de condutas insignificantes, enfraquecendo o princípio da supremacia popular.

Como vimos, expandiu-se, na última década, a invocação de fundamentos de proporcionalidade e razoabilidade pelo Tribunal Superior Eleitoral, consequência da

imposição normativa que determina a incidência da proporcionalidade por meio da análise da seriedade da conduta, requisito essencial para a incidência das mais graves sanções eleitorais.

Desta feita, especificamente quanto aos tipos propriamente ditos, pode-se perceber, no que toca à captação ilícita de recursos (art. 30-A da Lei das Eleições), que mesmo sem a referência textual da disposição normativa à gravidade da conduta o TSE assentou a imprescindibilidade da análise da potencialidade, pelo que a drástica sanção de cassação do mandato eletivo, única para a espécie, exige a verificação da gravidade da conduta, o que conforme demonstrado, tem critérios de natureza aritmética como parâmetro.

Vale dizer, por se tratar de um tipo bem definido, a conduta ilícita é facilmente caracterizável, restando a potencialidade/gravidade inserta no volume da falha contábil, dentro do universo da campanha, evitando que se cassem mandatos por irregularidades que não são representativas dentro do contexto global das contas. Nesse ponto, incumbe ao julgador a demonstração de que a falha é representativa naquelas contas, o que leva a possível subjetivismo e a uma natural impossibilidade de se cassar mandatos em grandes pleitos, eis que é bem improvável que ocorra uma falha contábil aritmeticamente grave para se cassar um mandato presidencial, por exemplo, no qual a arrecadação e os gastos superam o montante de R\$ 300.000.000 (trezentos milhões de reais)⁷¹.

A título exemplificativo desse tipo de ocorrência, vale observar que o Tribunal Superior Eleitoral entendeu por bem aplicar o princípio da proporcionalidade em uma prestação de contas de deputado federal na qual se arrecadou R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) de fonte vedada, no caso, uma concessionária de serviço público, porquanto aquele valor representaria apenas 5,4% dos recursos arrecadados pela campanha (Recurso Ordinário nº 581, Acórdão de 05/08/2014, Relator(a) Ministra LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 154, Data 20/08/2014, página 71)⁷², ao passo que

⁷¹ Conforme sistema do Tribunal Superior Eleitoral, disponível em www.tse.jus.br, nas eleições presidenciais em 2014, a candidata eleita, Dilma Rouseff previu gastar R\$ 383.000.000,00 (trezentos e oitenta e três milhões de reais), o segundo colocado Aécio Neves, R\$ 290.000.000,00 (duzentos e noventa milhões) e a terceira colocada Marina Silva (em substituição a Eduardo Campos) R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais).

⁷² ELEIÇÕES 2010. RECURSO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO. ART. 30-A DA LEI N. 9.504/97. CAPTAÇÃO OU GASTO ILÍCITO DE RECURSOS. DEPUTADO ESTADUAL. DOAÇÃO DE FONTE VEDADA. CONCESSIONÁRIA. ART. 24, III, DA LEI Nº 9.504/97. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA QUE É MERA ACIONISTA DA EMPRESA QUE EFETIVAMENTE CONTRATOU

não aplicou a proporcionalidade em outro precedente, no qual “foram omitidos gastos, no valor de R\$ 27.730,65 (vinte e sete mil, setecentos e trinta reais e sessenta e cinco centavos)”, porquanto a “quantia representou aproximadamente 28% (vinte e oito por cento) das despesas de campanha”. Na ocasião, a maioria da corte compreendeu que “as inconsistências apontadas são suficientes para ensejar a procedência da representação, não sendo a hipótese de aplicação do referido princípio” (TSE, Recurso Ordinário nº 1054, Acórdão de 05/09/2013, Relator(a) Ministro JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Relator(a) designado(a) Ministra LAURITA HILÁRIO VAZ, Publicação: DJE - *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 050, Data 14/03/2014, página 55).

Enfim: a caracterização do conceito de gravidade no contexto da campanha é essencialmente subjetiva e a concretização do princípio da proporcionalidade resta condicionada à razoabilidade e ao bom senso do julgador.

Já no que diz respeito às condutas vedadas, modalidade que adota tipos bem definidos e sanções gradativas, é mais clara a redução da discricionariedade do julgador na aplicação da proporcionalidade, sendo simples a verificação da subsunção do fato à norma tida por violada, além de ser expressamente autorizada ao magistrado a fixação de sanções mais brandas. Nessa perspectiva, limitou-se o âmbito de conformação do Tribunal Superior Eleitoral ao confrontar a conduta tida por irregular e as possíveis sanções, inexistindo a aplicação da insignificância, porquanto já se encontra preestabelecido que as condutas vedadas são graves, eis que a proibição tem por finalidade a defesa da isonomia da disputa, naturalmente prejudicada em razão da condição privilegiada do sujeito ativo da conduta, agente público, que dispõe de meios para violar a paridade de armas.

Nesse tipo em comento, portanto, as cortes eleitorais têm utilizado a proporcionalidade para excluir a incidência da sanção mais grave (cassação de

COM O PODER PÚBLICO. DOAÇÃO QUE REPRESENTA APENAS 5,4% DO TOTAL DOS RECURSOS ARRECADADOS. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PRECEDENTES. PROVIMENTO.

1. In casu, embora tenha sido a empresa doadora que participou do processo licitatório para a exploração de serviço público, tem-se que, antes mesmo da assinatura do contrato, transferiu para subsidiária todos os direitos e obrigações da concessão, não figurando, portanto, como contratada, o que afasta a vedação do art. 24, III, da Lei nº 9.504/97, cuja interpretação é estrita.

2. Ademais, a doação questionada representa apenas 5,4% do total de recursos financeiros de campanha arrecadados, atraindo, assim, a incidência dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais recomendam não seja aplicada a grave sanção de cassação do diploma.

3. Recurso ordinário provido.

registro ou diploma) nos casos em que se constata que essa penalidade seria desarrazoada, aplicando-se a multa enquanto sanção alternativa e gradual. Nesse sentido:

A sanção pela prática da conduta vedada descrita no art. 73, § 10, da Lei 9.504/97 deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, sendo possível a aplicação somente de multa, nos termos dos §4 e §5º do mesmo diploma legal, diante do reconhecimento da falta de gravidade suficiente para a incidência da cassação. Precedentes. (TSE, AgR-REspe 276-39/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 20.10.2014)

Com base na compreensão da reserva legal proporcional, nem toda conduta vedada reconhecida pela Justiça Eleitoral acarreta a automática cassação de diploma, competindo ao magistrado exercer um juízo de proporcionalidade entre a conduta praticada e a sanção a ser imposta. Entendimento que se reforça com a edição da Lei Complementar nº 135/2010, que cria como causa de inelegibilidade, pelo prazo de oito anos, a condenação à cassação de diploma com fundamento no art. 73 da Lei nº 9.504/97 (art. 10, inciso 1, alínea j, da Lei Complementar nº 64/90), exigindo-se do julgador uma visão criteriosa no momento da fixação da severa sanção de cassação de diploma. (TSE, AgR-REspe 435-80/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 27.10.2014)

Para os casos de abusos de poder, seja de natureza política, econômica ou de autoridade, o Tribunal Superior Eleitoral também sujeitou a aplicação da sanção cumulativa de cassação de mandatos eletivos e inelegibilidade pelo prazo de oito anos à verificação da gravidade da conduta e, por extensão, à sua proporcionalidade, elemento constitutivo do tipo: somente se caracteriza o conceito de abuso se se tratar de uma conduta efetivamente grave.

Contudo, o conceito aberto de abuso traz evidente subjetivismo e, apesar do tranquilo reconhecimento por parte das cortes a respeito da necessidade de se apontar a gravidade da conduta, não há um critério muito bem definido acerca do que seria grave, limitando-se as fundamentações à referencia genérica aos bens jurídicos tutelados pela norma, tais como a “paridade de armas” e a “isonomia na disputa”, sem definir as balizas de aplicação da proporcionalidade, que fica, por sua vez, restrita à adequação da sanção ao fato, reconhecida por critérios de razoabilidade adotados pelo próprio julgador.

No que diz respeito ao excesso de doação por parte de pessoa jurídica a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral caminhou no sentido de que a

incidência da proporcionalidade resulta na desnecessidade de se aplicar de forma cumulativa as graves sanções previstas para a hipótese – multa de 5 a 10 vezes o valor do excesso e proibição de contratar –, havendo alguns precedentes representativos no sentido de que a multa já constituiria penalidade suficiente, especialmente quando da proibição de contratar resultaria o encerramento das atividades empresariais da empresa, donde se verifica a clara incidência da proibição do excesso. Nesse sentido:

Com efeito, esta Corte firmou orientação no sentido de que "as sanções previstas no artigo 81 da Lei nº 9.504/1997 não são cumulativas, podendo haver a aplicação apenas de multa, considerados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade" (AgR-REspe, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 3.12.2013). Em sintonia com a jurisprudência desta Corte, o Regional assentou que "a sanção (proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos com o Poder Público pelo período de 5 anos) constitui penalidade autônoma em relação a sanção pecuniária" deixando de aplicá-la, "após a análise das peculiaridades do caso", considerando a sua aplicação "desmedida para o presente caso" (fl. 138). (TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 10872, Acórdão de 03/08/2015, Relator(a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: DJE - *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 201, Data 22/10/2015, página 37)

Por fim, a captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei nº 9.504/97) se qualifica como o único tipo eleitoral relevante em que não se tem a análise da proporcionalidade por ocasião da aplicação da sanção, não havendo qualquer contestação doutrinária ou jurisprudencial a respeito da possibilidade de se cassar o mandato eletivo na hipótese da compra de um único voto⁷³. Isso não quer dizer que não se possa adentrar nessa discussão, que poderia ser até positiva. De todo modo, deve-se ressaltar que embora não ocorra a mencionada análise da proporcionalidade da sanção, a jurisprudência caminhou no sentido de exigir para a caracterização do ilícito prova da ciência ou anuência⁷⁴ do sujeito passivo, além da

⁷³ Segundo Costa, "a cassação do registro ou do diploma não está na zona de discricionariedade judicial: ocorrida e comprovada a captação ilícita de sufrágio, além da multa, deve o juiz também cassar o registro de candidatura ou diploma do apenado. As penas são cumulativas e devem, obrigatoriamente, ser aplicadas em conjunto". (2009, fls. 219)

⁷⁴ "A atual jurisprudência do Tribunal não exige a prova da participação direta, ou mesmo indireta, do candidato, para fins de aplicação do art. 41-A da Lei das Eleições, bastando o consentimento, a anuência, o conhecimento ou mesmo a ciência dos fatos que resultaram na prática do ilícito eleitoral, elementos esses que devem ser aferidos diante do respectivo contexto fático. No caso, a anuência, ou ciência, da candidata a toda a significativa operação de compra de votos é fruto do envolvimento

prova inconcussa da ocorrência⁷⁵ fática e a finalidade específica (eleitoral) da conduta, requisitos que acabam por inibir excessos e abusos por parte do julgador. A jurisprudência é, portanto, tranquila no sentido de que *“para incidência do art. 41-A da Lei nº 9.504/197, deve ficar demonstrado, de forma cabal, que houve o oferecimento de bem ou vantagem pessoal, em troca do voto”* (TSE, RCED nº 723/RS, Rei. Ministro Marcelo Ribeiro, julgado em 6.8.2009, DJe 18.9.2009).

Após essa síntese da atual compreensão a respeito da proporcionalidade no Tribunal Superior Eleitoral, cumpre analisar ponto a ponto as perspectivas teóricas e sua compatibilidade com as decisões estudadas.

5.2. A influência da teoria germânica em relação à proporcionalidade na jurisprudência

Para os fins deste tópico, considera-se como teoria germânica a utilização de princípios e dos direitos fundamentais “na medida do possível”, bem como a pretensão de se criar um parâmetro metodológico que tenha adequabilidade prática para o julgador. Dentro dessa pretensão de padronização metodológica, a ponderação entre princípios defendida por Alexy, bem como a relação condicionada de procedência entre princípios estabelecida pelo referido autor possuem extrema relevância na teoria como um todo e devem ser obviamente considerados.

Além disso, reconhece-se como teoria tedesca a máxima proporcionalidade defendida por Alexy e a importância de se efetivar uma fundamentação que contemple os subprincípios da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Dito isso, é preciso notar que não se verificou na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral qualquer tentativa de se efetivar ponderação de princípios ou de direitos fundamentais, pelo que se pode afirmar que o TSE não estabelece qualquer relação de preponderância entre os importantes princípios inerentes a uma decisão que desconstitui mandatos eletivos em razão da prática de ilícitos eleitorais. Menor

de pessoas com quem tinha forte ligação familiar, econômica e política” (TSE, Recurso Contra Expedição de Diploma nº 755, Acórdão de 24/08/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 28/9/2010, páginas 11 e 15).

ainda é a preocupação das cortes eleitorais em se criar uma relação de precedência condicionada entre os princípios debatidos em uma decisão dessa espécie. Não se verifica, por outro lado, qualquer pretensão de se estabelecer um parâmetro metodológico para análise do princípio da proporcionalidade por ocasião das deliberações que invocam o postulado em questão.

A influência da teoria alemã na jurisprudência eleitoral é a superficial menção à sua existência enquanto fundamento para a decisão; contudo, a referência fica limitada à retórica, já que não se procede à concreta verificação específica dos três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), não havendo qualquer decisão, ao menos no Tribunal Superior Eleitoral, que efetivamente verifique os três elementos, em conjunto, nessa ordem, contextualizando-os em uma determinada situação fática.

Se a teoria fosse incorporada na totalidade à prática decisória da Justiça Eleitoral dever-se-ia verificar, por exemplo, se há adequação dos fins perseguidos em uma ação que visa a cassação de um mandato eletivo, sendo considerada adequada a medida se apta a alcançar o resultado pretendido. Seria analisado, posteriormente, se aquela medida é necessária, ou seja, se não há outra forma, com a mesma intensidade, que possa restabelecer o direito fundamental atingido. Por fim, deveria perquirir se a intensidade da restrição ao direito fundamental é proporcional à adoção da medida restritiva.

Definitivamente, essa análise não é feita, pelo que se percebe que há apenas uma certa influência do direito alemão, muito distante da efetiva adoção da teoria e do respeito a suas exigências metodológicas, ocorrendo apenas a utilização indiscriminada, isolada e muitas vezes mal fundamentada de elementos da teoria, em especial, dos conceitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5.3. A influência da noção de razoabilidade na jurisprudência

Diante da ausência de utilização específica dos conceitos germânicos, passa-se à análise da noção da razoabilidade empregada pela jurisprudência eleitoral. É que embora raramente as decisões se refiram ao termo “razoabilidade” é possível

perceber uma proximidade da jurisprudência eleitoral e a noção de razoabilidade desenvolvida pelos norte-americanos, eis que a análise é muito mais centrada no ponto de vista do que um homem razoável consideraria como justo e de bom senso, do que uma análise pormenorizada e esquematizada de adequação, necessidade e proporcionalidade.

É preciso deixar claro que o contexto norte-americano a que ora se refere é a ideia de razoabilidade, correlata ao devido processo legal substantivo, que adotaria, por ocasião da decisão, algumas referências ao senso comum, trazendo como fundamento para decidir os padrões de aceitabilidade social de alguns comportamentos (COSTA, 2008, p. 54).

A esse respeito, deve-se inferir que muitas vezes o que o Tribunal tem assentado ser proporcionalidade, no sentido alemão, conceitualmente se assemelha muito mais à noção de razoabilidade norte-americana, efetivando simples cotejo entre o fato em si posto a julgamento e a noção de razoabilidade da sanção prevista para o ilícito, partindo de *standards* relacionados ao seu bom senso, à conceitos como justiça, equidade e direito justo⁷⁶. Nesse sentido:

A veiculação de publicidade institucional, consubstanciada na distribuição de material impresso aos munícipes em geral, nos três meses que antecedem o pleito e sem que haja demonstração de situação grave ou urgente, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral, configura a conduta vedada do art. 73, VI, b, da Lei nº 9.504/97, sujeitando o infrator à sanção pecuniária, quando ausente gravidade que justifique, segundo um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, a imposição cumulativa da pena de cassação do registro/diploma outorgado.(Ac. de 3.12.2013 no REspe nº 44530, rel. Min. Luciana Lóssio; no mesmo mesmo sentido o Ac de 14.6.2012 no AgR-RO nº 890235, rel. Min. Arnaldo Versiani e o Ac de 31.3.2011 no AgR-REspe no 999897881, rel. Min. Aldir Passarinho Junior)

Todavia, deve-se levar em consideração que o Brasil e as cortes brasileiras não adotam o modelo da *Common Law*, pelo que a razoabilidade americana fica muito distante do que é aqui decidido, posto que não há qualquer exigência de que o julgador fixe suas balizas com base nos precedentes, pelo que ainda que se

⁷⁶ Nessa linha, utilizando a própria terminologia razoável: “No caso concreto, é proporcional e razoável a cominação da multa em seu mínimo legal, correspondente a cinco vezes a quantia em excesso, porquanto a doação efetuada não se revestiu de gravidade que justifique sanções mais severas (TSE, Recurso Especial Eleitoral nº 309887, Acórdão de 09/10/2012, Relator(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: DJE - *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 214, Data 7/11/2012, página 70).

reconheça a adoção da teoria, parece certo que o modelo não se ajustaria. Noutros termos, os *standards* adotados pelos magistrados norte-americanos são justamente aqueles criados pela jurisprudência, ao passo que as decisões do TSE, na ausência dessa histórica e rígida vinculação aos precedentes, parecem estar muito mais ligados à noção de justiça casuisticamente identificada pelo próprio julgador.

Nesse ponto, não é impertinente reiterar as críticas expostas nessa dissertação a respeito da teoria norte-americana, que são ainda mais robustas quando não se tem essa imposição de se fundamentar as viradas jurisprudenciais. A crítica ora mencionada diz respeito à incapacidade do Poder Judiciário de ser mais racional ou razoável que o próprio legislador, porquanto esse, em sua essência, representa de forma direta a noção de bom senso e aceitabilidade social concedida por seus representados. Os ministros do TSE não detêm a mesma legitimidade do Poder Legislativo para definir o que é razoável para os cidadãos, que são defendidos pelos bens jurídicos tutelados pela Justiça Eleitoral.

Nesse panorama, é possível identificar na jurisprudência eleitoral a presença de critérios de razoabilidade do direito norte-americano, especialmente no que diz respeito à utilização de critérios correlatos ao bom senso e aceitabilidade social, embora não se tenha como incorporar a teoria como um todo, especialmente porque essa se dá em um contexto de *Common Law*.

5.4. A forte relação da jurisprudência com a ideia da proibição de excessos e a proteção do princípio da soberania popular

Também é preciso mencionar a forte relação existente entre as decisões eleitorais e a ideia de proibição de excesso, pelo menos do ponto de vista das consequências da decisão que cassa um mandato conferido pelo voto. Esta questão é totalmente relevante, uma vez que demonstra que a opção do legislador de estabelecer somente uma ou duas sanções, como multa ou cassação, gera em determinados casos a percepção de que as sanções aplicáveis em si são excessivas, não havendo alternativas para penas menos severas, o que resulta, muitas vezes, em impunidade.

Assentado esse ponto, deve-se considerar como proibição de excesso a ideia de que, dentre os meios disponíveis, o Estado utilizou-se dos menos drásticos possíveis para se alcançar a defesa dos bens jurídicos tutelados pela norma, evitando-se sacrifícios desproporcionais ao restabelecimento do que fora infringido, garantindo uma compatibilidade entre o ilícito e a sanção aplicada no caso concreto.

Nesse panorama, verifica-se que a jurisprudência eleitoral adota como princípio da proporcionalidade a ideia de proibição de excesso, limitando sua preocupação a evitar sanções desproporcionais aos ilícitos praticados, especialmente no que diz respeito às cassações de mandatos eletivos: a maior parte dos precedentes estudados aplica a proporcionalidade tendo por objetivo evitar que se cassem mandatos eletivos por condutas que não infringiram os bens jurídicos tutelados – tais como a igualdade de oportunidades e a isonomia na disputa – de maneira suficiente para a aplicação da sanção, que acabaria por contrariar, diante da irrelevância dos fatos, a vontade popular e o princípio democrático.

5.4. Uma proposta para aperfeiçoar o sistema

Embora não se tenha a pretensão no presente trabalho de criar eventual inovação ao sistema, das críticas apresentadas é possível extrair algumas reflexões que podem vir a contribuir com o aprimoramento da aplicação do princípio da proporcionalidade pelas cortes eleitorais.

Restou defendido que o Tribunal Superior Eleitoral não adota de forma consistente qualquer modelo doutrinário de aplicação do referido princípio: não há uma regra definida para o conflito entre o princípio democrático (princípio do sufrágio) e os princípios defendidos pelas normas do direito eleitoral, tais como a moralidade, a probidade e a isonomia eleitoral, pelo que o princípio da proporcionalidade não tem sido utilizado nos moldes defendidos por Alexy. Também não se verificou, por outro lado, uma remissão expressa a fundamentos de razoabilidade invocados em outros precedentes, de modo que não se tem uma conformação jurisprudencial apesar da recorrente menção à “proporcionalidade”.

Desta feita, parece certa a necessidade de uma fundamentação mais rigorosa das decisões tomadas pelo Tribunal Superior Eleitoral – ao menos no que diz

respeito à aplicação da proporcionalidade – uma vez que a prática interpretativa e decisória de um Tribunal de cúpula adquire sentido apenas se correspondida “a exigência de saturação – ou seja, plena afirmação/especificação – das premissas utilizadas no curso da argumentação jurídica, que constitui uma das exigências fundamentais da racionalidade prática” (BUSTAMANTE, 2012, p. 138).

Com efeito, um órgão incumbido constitucionalmente da uniformização da jurisprudência eleitoral no âmbito nacional deve obrigatoriamente motivar de modo adequado seus pronunciamentos decisórios e, quanto ao conteúdo, deve almejar a adesão popular (derivada do convencimento obtido após a discussão e a reflexão crítica⁷⁷) mediante o emprego de argumentos válidos e corretos, institucionalizando o Estado Democrático de Direito, confrontando os julgamentos de questões similares e garantindo coerência em decisões que acabem por modificar a jurisprudência.

Vale dizer: mais do que a aplicação da proporcionalidade, é necessária a justificação do motivo da incidência do princípio naquele caso específico e se está ocorrendo a alteração de eventual compreensão da corte. Nesse ponto, deve-se reconhecer que mesmo em temas de direito eleitoral já existem alguns casos de modulação temporal de decisões, tal como se viu no julgamento, pelo STF, da hipótese de inelegibilidade decorrente de “terceiro mandato” em município vizinho, ocasião em que se reconheceu a ilicitude, mas não se aplicou a sanção naquela hipótese, porquanto rompia com a jurisprudência anteriormente assentada⁷⁸.

⁷⁷ “A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados” (ALEXY, 1999, p. 58).

⁷⁸ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REELEIÇÃO. PREFEITO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. I. REELEIÇÃO. MUNICÍPIOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. PREFEITO. PROIBIÇÃO DE TERCEIRA ELEIÇÃO EM CARGO DA MESMA NATUREZA, AINDA QUE EM MUNICÍPIO DIVERSO. (...) II. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ANTERIORIDADE ELEITORAL. NECESSIDADE DE AJUSTE DOS EFEITOS DA DECISÃO. “Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no

De todo modo, parece certo que os precedentes devem ser fortalecidos, a fim de que os critérios de razoabilidade e proporcionalidade adquiram consistência e rigor metodológico, evitando-se decisões conflitantes e garantindo aos cidadãos mais confiabilidade acerca da regularidade de seus atos e a respeito do que é passível de punição: no âmbito da proporcionalidade se faz necessária, com urgência, a adoção de um discurso jurídico impregnado de racionalidade e orientado por uma “pretensão de correção”⁷⁹ rigorosa.

A legitimidade das decisões do TSE, sob o ângulo do princípio democrático e sua convergência com os ideais discursivos, é proporcionada pelo efetivo emprego de referenciais autenticamente plurais – como diz Peter Häberle, “povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional” (HÄBERLE, 1997, p. 37) – e excelência argumentativa, fatores que qualificam a “capacidade comunicativa” do Tribunal Superior Eleitoral.

Além disso, considerando que o princípio da proporcionalidade vem sendo mais bem aplicado nos ilícitos que têm sanções alternativas e graduais, seria salutar a ampliação do rol legislativo de sanções, garantindo uma eficaz aplicação da proporcionalidade.

princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. (...) Assim, as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior” (TSE, RE 637485, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013).

⁷⁹ A “pretensão correção” é elemento essencial do pensamento de Robert Alexy: “está claro que na realidade não existe qualquer procedimento que permita, com a segurança intersubjetivamente necessária, chegar em cada caso a uma única resposta correta. Isso não obriga, sem embargo, a renunciar à ideia da única resposta correta, mas unicamente dá ocasião para determinar o seu status com mais precisão. O ponto decisivo aqui é que os respectivos participantes em um discurso jurídico, se suas afirmações e participações não de ter pleno sentido, devem, independentemente de existir ou não uma única resposta correta, sustentar a pretensão de que sua resposta é a única correta. Isto significa que devem pressupor a única ideia correta como ideia regulativa. A ideia regulativa da única resposta correta não pressupõe que exista para cada caso uma única resposta correta. Apenas pressupõe que em alguns casos se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe em quais casos isso acontece, de modo que vale a pena procurar em todos os casos a única resposta correta” (ALEXY, 1998, p. 20).

6. CONCLUSÕES

1. O princípio da proporcionalidade surgiu no Brasil como forma de consolidação do Estado Democrático de Direito e como técnica de decisão e fundamentação após a saída de um regime político autoritário e teve por fundamento a superação do positivismo jurídico, baseado na ideia de legalidade, auxiliando na reformulação das funções do Estado, até então estruturado em torno do superdimensionamento do Poder Executivo. No Direito Eleitoral, passou a ser aplicado no período pós-Constituição de 1988, amparado na disposição do art. 22 da LC 64/90, que veio a ser aprimorado com a edição da LC 135/2010, denominada Lei da Ficha Limpa, que acabou por determinar a análise da gravidade das condutas que tinham por consequência a cassação de mandatos eletivos.

2. A proporcionalidade deriva de longo desenvolvimento histórico, desde a correlação com o conceito de justiça de Aristóteles, a ideia de compatibilização entre sanção e pena, inseridas na Carta Magna de 1215, a proibição do arbítrio estatal do direito francês e a pretensão interpretativa e valorativa do direito alemão, surgida após a Segunda Guerra Mundial.

3. Embora mencionado em larga escala pelos tribunais brasileiros, o princípio da proporcionalidade não possui uma definição clara, ao menos na jurisprudência eleitoral, dos seus critérios metodológicos para sua aplicação.

4. A principal influência acerca da proporcionalidade a que se submeteu a doutrina constitucional brasileira é a alemã, que adota a utilização de princípios e direitos fundamentais “na medida do possível” e tenta criar parâmetros interpretativos a serem utilizados pelo julgador. Seu núcleo estrutural pode ser encontrado na teoria da ponderação de princípios alexyana, bem como na fundamentação ancorada na análise conjunta da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito na aplicação da máxima da proporcionalidade.

5. Embora o direito brasileiro não se insira no contexto da *Common Law* anglo-saxã, constata-se também a influência norte-americana na doutrina constitucional pátria, especialmente no que diz respeito à caracterização do princípio da razoabilidade, que adota como critérios – *standards* – conceitos de justiça e adequação amparados no bom senso, inseridos no conceito de processo legal

substantivo, que confere aos cidadãos garantias contra atos estatais (legislativos, judiciais ou administrativos) arbitrários.

6. Embora não sejam princípios explicitamente descritos na Constituição da República, a doutrina e a jurisprudência constitucional brasileira pretenderam incorporar as máximas da proporcionalidade e da razoabilidade, seja como limitador de arbítrios, seja como meio interpretativo, sendo frequentes as invocações dos termos até mesmo em questões de natureza eleitoral, ainda que não se adotem exatamente as balizas estabelecidas no direito alienígena.

7. Um aspecto particularmente forte do conceito de proporcionalidade é a ideia de “proibição do excesso”, traduzida na pretensão de se estabelecer os meios menos drásticos para penalizar o infrator, de forma que se restaure o bem jurídico tutelado. Essa ideia está extremamente presente na jurisprudência eleitoral.

8. Predomina, enquanto crítica à utilização da proporcionalidade e da razoabilidade, o risco de decisionismo, bem como o deslocamento das funções originalmente atribuídas ao Poder Legislativo – dotado de maior legitimidade decorrente da representação direta – para o Poder Judiciário, que levaria ao que Paulo Bonavides denomina poderia vir a se tornar um “Estado de Juízes”. A ampliação do poder discricionário do julgador dificulta a adoção de um critério geral, abstrato e racional que oriente a aplicação do princípio em questão, haja vista que o Judiciário não foi projetado institucionalmente para decidir sobre toda e qualquer matéria, porquanto padeceria de ilegitimidade.

9. A justiça eleitoral adota diversos conceitos jurídicos abertos e indeterminados, dificultando a criação de um padrão interpretativo coerente, o que se acentua pelas próprias particularidades da justiça especializada, que tem como características leis esparsas e criadas em oportunidades distintas, além da sua própria organização, eis que adota mandatos de dois anos, renováveis por outros dois.

10. Salvo na captação ilícita de sufrágio (art. 41-A, Lei das Eleições), o Tribunal Superior Eleitoral assentou que para a aplicação da sanção de cassação de mandato é necessária a demonstração de que o ato tido por lesivo se reveste de gravidade suficiente para influenciar o resultado da eleição, donde se extrai a imprescindibilidade de se aferir a proporcionalidade entre a sanção e o ato tido por lesivo.

11. A análise da proporcionalidade, por sua vez, sofreu recorrente alteração histórica, o que resultou na substituição do conceito de “potencialidade” para alterar

o resultado do pleito, pela ideia de “gravidade” da conduta, pelo que passou a se avaliar se o ato em si, em sua essência, é grave o suficiente para desequilibrar um pleito e macular o processo eleitoral em disputa.

12. Os bens jurídicos tutelados por essas condutas que geram a cassação dos mandatos eletivos são a proteção da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência das diversas formas de abusos de poder, a exemplo da moralidade, da isonomia e da probidade, pelo que se busca uma disputa eleitoral que se dê entre candidatos em condições de “paridade de armas”.

13. Quanto aos ilícitos em si, constatou-se que na captação ilícita de recursos (art. 30-A) – que tem por sanção específica a cassação – o princípio da proporcionalidade exclui a penalidade quando os fatos em análise não detêm gravidade dentro do contexto da campanha, devendo ser levados em consideração o volume arrecadado ou aplicado de forma indevida, a natureza da irregularidade, a boa-fé do candidato e a origem do recurso tido por irregular, sob uma perspectiva predominantemente aritmética.

14. Já quanto às condutas vedadas (art. 73 e ss. da Lei nº 9.604/97), que têm por escopo evitar ações reconhecidamente lesivas, estabelecidas de forma taxativa na norma, o princípio da proporcionalidade assume a função de orientar uma dosimetria adequada ao ilícito verificado, dispensando a cassação do mandato se a conduta não é representativa, sendo o princípio habitualmente utilizado com a finalidade de aplicar apenas multa, que é menos grave e restabelece o bem jurídico violado.

15. Os abusos de poder (art. 14, §9º da CF/88 e art. 22 da LC 64/90) têm por característica a indeterminação em sua caracterização, porquanto são normas abertas, passíveis das mais diversas interpretações. Essa característica, aliada ao fato de que a única sanção prevista é a cassação/decretação de inelegibilidade, fazem com que o Tribunal Superior Eleitoral compreenda a utilização do princípio da proporcionalidade como forma de limitação dessa abertura legislativa, restringindo interpretações excessivas, que possam levar à violação do princípio democrático.

16. Já quanto ao excesso de doação, embora não seja ilícito típico do qual decorra cassação de mandatos, verificou-se a importância da norma, especialmente em um contexto normativo de preocupação com o financiamento de campanha. O princípio em questão atua como limitador de excessos, evitando a cumulação de sanções e, em especial, o encerramento das atividades empresariais do sujeito passivo.

17. Verificou-se que, apesar da influência germânica, não há na jurisprudência eleitoral brasileira qualquer preocupação com a padronização metodológica. Com efeito, não há um controle das decisões sob a perspectiva da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, isoladamente ou em conjunto. Nessa linha, apesar da influência, não há a utilização da teoria alemã pelo Tribunal Superior Eleitoral.

18. Já no que diz respeito à teoria estadunidense, verificou-se que o Tribunal Superior Eleitoral adota em suas razões de decidir critérios de bom senso, senso comum e justiça desenvolvidos pelos norte-americanos, realizando simples contraposição entre o fato sob julgamento e a noção de razoabilidade. É claro que isso não nos leva a crer na adoção da doutrina norte-americana do *Common Law*, em que a razoabilidade se pauta nos precedentes anteriores, ao passo que aqui parece se pautar na razoabilidade do próprio julgador, donde se extrai claro decisionismo.

19. Constatou-se, ainda, a predominância da utilização do conceito de proibição de excesso como argumento para decidir e aplicar o princípio da proporcionalidade. Vale dizer: há forte preocupação das cortes com a manutenção do postulado da soberania popular ao se compatibilizar a sanção imposta com a conduta tida por irregular, aplicando-se penas menos severas para hipóteses em que não se verifica gravidade na conduta, ainda assim restabelecidos os bens jurídicos tutelados.

20. Diante de tudo o que foi posto, conclui-se pela necessidade de se adotar uma fundamentação mais sólida e coerente com decisões reiteradas, sendo imprescindível a justificação nos casos em que se altera a compreensão da corte, criando prospectividade nas decisões adotadas, garantindo ao jurisdicionado uma expectativa razoável do que será decidido.

21. Além disso, considerando que o princípio da proporcionalidade vem sendo mais bem aplicado nos ilícitos que têm sanções alternativas e graduais, seria adequada a criação de outras sanções alternativas, garantindo uma eficaz aplicação da proporcionalidade. Além disso, pertinente é a criação legislativa de sanções gradativas, que favoreçam ao intérprete a aplicação da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica*. Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho, n. 5. Alicante: Universidad de Alicante, 1998.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217, jul./set. 1999, p. 55-66.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schid Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AMAR, Akhil Reed. *The Bill of Rights*: Connecticut, Yale University, 1998.

APPIO, Eduardo. *Direito das Minorias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 282.

ARISTÓTELES. *Livro V da Ética a Nicômaco*. In: *Os pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996, p. 193 a 215.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARAK, Aharon Barak. *The Role of a judge in democracy*. *Judicature*. Vol. 88, número 5, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto de. *Direitos Fundamentais, Questões Ordinárias e Jurisdição Constitucional: Limites e Possibilidades de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. BDA – Boletim de Direito Administrativo, nº 9. p. 1028, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo*. 2ª edição: São Paulo, Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”. In *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, jan/março 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história: a nova a interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: *Interpretação Constitucional*. SILVA, Virgílio Afonso da. Malheiros, Belo Horizonte, 2010.

BECCARIA, Cesare, *Do Delito e das Penas*, 1764.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 12.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Volume 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei Complementar n. 64 (1990). *Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 21 mai 1997.

BRASIL. Lei n. 9.504 (1998). *Lei Geral das Eleições*. Diário Oficial da União, Brasília, 30 set. 1997.

BRASIL. Lei Complementar n. 135 (2010). *Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato*. Diário Oficial da União, Brasília, 04 jun. 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. “Princípios, Regras e a Fórmula de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica?”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 54, 2006, p. 76-107.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO NETTO, M.; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Volume 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Podivm, 2008.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Hermenêutica Jurídica e(m) Debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE; FERREIRA, Bernardo Augusto. *Além do Positivismo Jurídico*. 1. ed. BELO HORIZONTE: ARRAES EDITORES LTDA, 2013. v. 1. 293 p.

CUSHMAN, Robert E. e CUSHMAN, Robert F. *Cases in Constitutional Law*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1958.

DEPARTAMENTO NORTE-AMERICANO DE JUSTIÇA. *Trial Court Performance Standards and Measurement System*. Estados Unidos: Bureau of Justice Assistance, 1995.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *A causa final e a regra-matriz das contribuições*. In SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.) *Curso de Direito Tributário e finanças públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 626-653.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2008.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 10ª edição. São Paulo, Ed. Atlas, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípio da Proporcionalidade e o devido processo legal". In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. Belo Horizonte, Malheiros, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio: Tempo Brasileiro, vols. I e II, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação do capitalismo tardio*. Trad. Vamireh Chacon. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. "Significado de los derechos fundamentales". In *Manual de Derecho Constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996.

MARENCO, André. "Financiamento de Campanhas Eleitorais". In AVRITZER, Leonardo et al. (org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p 481-502.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. "A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". Bol. IOB 23, 1994, p 475.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet.. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet.. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Memória jurisprudencial: Ministro Victor Nunes*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MULLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Ed. Revista dos Tribunais, Tradução de Peter Naumann, São Paulo, 1938.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do Sistema Jurídico*. São Paulo: WMF MARTINS FONTES, 2013. v. 1. 270p.

NUNES LEAL, Victor. “Atualidade do Supremo Tribunal Federal”. In *Revista dos Tribunais*, v. 349. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

NUNES LEAL, Victor. “Passado e Futuro da Súmula do Supremo Tribunal Federal”. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 145 (jul./set.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1981, p 1-20.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, ed. Martins Fontes, 2006, 320 p.

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

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Jamir Calili. *Princípios Jurídicos Tributários*. Belo Horizonte, Editora Plácido, 2015, 384p.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHLINK, Bernard. "The dynamics of constitutional adjudication". *Cardozo Law Review*, vol. 17, 1995-1996, p. 1.238.

SCHMITT, Carl. "La tirania de los valores". In *Revista de Estudios Políticos*, janeiro/fevereiro de 1961, p. 65-81.

SCHWARTZ, Bernard. *Constitutional Law: a textbook*. 2a ed. New York: Macmillan, 1979.

SEPÚLVEDA PERTENCE, José Paulo. "Prefácio". In INSTITUTO VICTOR NUNES LEAL (org.). *A contemporaneidade do pensamento de Victor Nunes Leal*. São Paulo: Saraiva, 2013, 342p.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado H. "Habermas e a jurisdição constitucional". In NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo (org.). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 199-222.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico". In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. "Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira positivista". In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 97, janeiro/junho de 2008, p. 33-69.

STRECK, Lenio Luiz e ABBOUD Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.

TOFFOLI, José Dias. "A participação da pessoa jurídica no processo eleitoral brasileiro". In: CIAMPOUNI NETO, Cesar; WARDE JR, Walfrido Jorge.(org.). *O direito de empresa nos tribunais brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 42.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva e AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 10ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011.

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

SITES ACESSADOS:

[HTTP://POLITICA.ESTADAO.COM.BR/NOTICIAS/GERAL,RELEMBRE-O-ESCANDALO-DOS-ALOPRADOS,737712](http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,relembre-o-escandalo-dos-aloprados,737712). ACESSO EM 10.11.2015

[HTTP://WWW.POLITICAABERTA.ORG/RANKING/1](http://www.politicaaberta.org/ranking/1) ACESSO EM 15/11/2015.

[HTTP://CASELAW.FINDLAW.COM/US-SUPREME-COURT/198/45.HTML#STHASH.SDR5KGXV.DPUF](http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/198/45.html#sthash.SDR5KGXV.DPUF). ACESSO EM 01/11/2015

[HTTP://POLITICA.ESTADAO.COM.BR/NOTICIAS/ELEICOES,MENSALAO-FOI-COMPRA-DE-VOTOS-E-NAO-CAIXA-2-CONFIRMA-STF-IMP-,938707](http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,mensalao-foi-comprou-de-votos-e-nao-caixa-2-confirma-stf-imp-,938707). ACESSO EM 10/11/2015.