

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RODRIGO ANTONIO TENÓRIO CORREIA DA SILVA

**AS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL QUE CASSAM MANDATOS
SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MACCORMICK E
ALEXY**

Recife

2022

RODRIGO ANTONIO TENÓRIO CORREIA DA SILVA

**AS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL QUE CASSAM MANDATOS
SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MACCORMICK E
ALEXY**

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

Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

Recife

2022

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736.

S586d Silva, Rodrigo Antonio Tenório Correia da.
As decisões do Tribunal Superior Eleitoral que cassam mandatos sob a ótica da Teoria da argumentação jurídica de Maccormick e Alexy / Rodrigo Antonio Tenório Correia da Silva. -- Recife, 2022.
292 f.

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.

Inclui referências e anexo.

1. Direito Eleitoral - Brasil. 2. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). 3. Cassação. 4. Mandato. I. Krell, Andreas Joachim (Orientador). II. Título.

324.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2022-11)

RODRIGO ANTONIO TENÓRIO CORREIA DA SILVA

**AS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL QUE CASSAM MANDATOS
SOB A ÓTICA DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE MACCORMICK E
ALEXY**

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

Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo.

Data de aprovação: 24/02/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof^ª. Dra. Mariana Pimentel Fischer Pacheco (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Pedro Parini Marques de Lima (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (Examinador Externo)
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. André de Carvalho Ramos (Examinador Externo)
Universidade de São Paulo - USP

Prof. Dr. Juan Pablo Haye Biazevic (Examinador Externo)
Escola Paulista da Magistratura

À Gláucia, Gustavinho e Alice, porto seguro e estrelas-guias na jornada da vida.

Aos meus pais, Erivaldo e Vera, e irmãs, Andréa e Karla, por terem acreditado desde o início.

AGRADECIMENTOS

Uma obra que valha a pena é sempre o resultado de muitas mãos e de uma longa estrada. É chegada a hora de agradecer àqueles que caminharam ao meu lado e seguraram uma lanterna apontando o caminho.

Começo agradecendo intensamente meu orientador, Prof. Dr. Andreas Krell. Durante os últimos quatro anos, Prof. Krell exerceu a função de orientação na acepção da palavra. Não me auxiliou apenas com conhecimento profundo, estratégia e sugestões bibliográficas cruciais, mas também com profissionalismo e comprometimento ímpares. Durante o percurso, esteve sempre presente e respondeu rapidamente toda e qualquer demanda.

Minha gratidão também a Juan Biazevic, Delson Lyra, Rubens Canuto, Thyago Tenório, Fabrício Medeiros e Alfredo Falcão, pelo apoio de sempre e conhecimento compartilhado em tantas conversas ao longo dos últimos anos.

Por fim, agradeço ao corpo de funcionários do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, por terem, nesse quadriênio absolutamente atípico, conseguido auxiliar os alunos no cumprimento de seus compromissos acadêmicos.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é, a partir das teorias de argumentação jurídica desenvolvidas por Neil MacCormick e Robert Alexy, examinar a racionalidade das decisões do TSE que cassam mandatos. Em suas obras centrais “*Rhetoric and the Rule of Law*” e “Teoria da Argumentação jurídica”, respectivamente, ambos consideram o discurso jurídico como caso especial do discurso geral e estabelecem critérios e estruturas a serem usadas para tornar o processo decisório das cortes racional. Na parte inicial dessa tese, os pontos principais das teorias dos dois autores são exibidos. Para examinar os julgados do TSE, usaram-se, num primeiro momento, para aferir a racionalidade, os critérios de MacCormick e Alexy, como a universalidade, a consistência, a coerência, o respeito aos precedentes, a justificação interna e externa, o raciocínio exibido pelo silogismo, dentre outros. Num segundo, buscou-se verificar se há uma racionalidade própria nessas decisões que não se enquadra no modelo dos dois citados autores. Defenderemos que a racionalidade das decisões do TSE nos moldes pensados por Alexy e MacCormick é intermitente, prevalecendo nos casos de menor impacto, e perdendo força nos julgamentos de cargos eletivos ocupados em eleições de maior circunscrição eleitoral.

Palavras-chave: teoria geral do direito; razão prática. raciocínio jurídico; Neil MacCormick; Robert Alexy; TSE; cassação de mandatos.

ABSTRACT

The goal of this paper is, based on the theories of legal argumentation developed by Neil MacCormick and Robert Alexy, to examine the rationality of Superior Electoral Court's decisions that cancel mandates. In their central works "Rhetoric and the Rule of Law" and "Theory of Legal Argumentation", MacCormick and Alexy consider legal discourse to be a special case of general discourse and establish criteria and structures to be used to make the decision-making process of courts rational. In the first part of the thesis, the central points of the two authors' theories are shown. In order to examine the TSE judgments, MacCormick and Alexy's criteria were used, at first, to assess rationality, such as universality, consistency, coherence, respect for precedents, internal and external justification, reasoning displayed by the syllogism, among others. Afterwards, we sought to verify if there is a rationality in these decisions that does not fit the model of the two aforementioned authors. We will argue that the rationality of TSE's decisions in the molds thought by Alexy and MacCormick is intermittent, prevailing in cases of lesser impact, and losing strength in the judgments of elective positions held in elections with a larger electoral constituency.

Keywords: general theory of law; practical reason. legal reasoning; Neil MacCormick; Robert Alexy; TSE; termination of mandates.

RIASSUNTO

L'obiettivo di questo lavoro è, sulla base delle teorie dell'argomentazione giuridica sviluppate da Neil MacCormick e Robert Alexy, esaminare la razionalità delle decisioni della TSE che annullano i mandati. Nelle loro opere centrali "Retorica e Stato di diritto" e "Teoria dell'argomentazione giuridica", entrambi considerano il discorso giuridico come un caso speciale del discorso generale e stabiliscono criteri e strutture da utilizzare per rendere il processo decisionale di tribunali razionali. Nella prima parte del lavoro vengono mostrati i punti centrali delle teorie dei due autori. Per esaminare le sentenze della TSE, sono stati utilizzati i criteri di MacCormick e Alexy, in un primo momento, per valutare la razionalità, come universalità, coerenza, rispetto dei precedenti, giustificazione interna ed esterna, ragionamento mostrato dal sillogismo, tra gli altri. In un secondo momento si è cercato di verificare se vi sia una razionalità in queste decisioni che non si adatta al modello dei due citati autori. Sosterremo che la razionalità delle decisioni della TSE negli schemi pensati da Alexy e MacCormick è intermittente, prevale nei casi di minore impatto, e perde forza nei giudizi di cariche elettive ricoperte in elezioni con una circoscrizione elettorale più ampia

Parole chiave: teoria generale del diritto; ragione pratica; ragionamento giuridico; Neil MacCormick; Robert Alexy; TSE; cessazione dei mandati.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR-AI	Agravo Regimental em Agravo de Instrumento
AgR-REspe	Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral
AgR-RO	Agravo Regimental em Recurso Ordinário
AgRg	Agravo Regimental
AgRg-RMS	Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança
AI	Agravo de Instrumento
AIJE	Ação de Investigação Judicial Eleitoral
AIME	Ação de Impugnação de Mandato Eletivo
AMOTOLAJ	Associação dos Profissionais de Mototáxi de Laranjal do Jari
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CE	Código Eleitoral
CEBRAP	Centro Brasileiro de Análise e Planejamento
CF/88	Constituição Federal de 1988
CGU	Controladoria-Geral da União
CNH	Carteira Nacional de Habilitação
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
EDcl	Embargos de Declaração em Recurso Ordinário
EDcl-REspe	Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral
EDcl-RO	Embargos de Declaração
FAPESP	Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo
FGV	Fundação Getúlio Vargas

HC	<i>Habeas Corpus</i>
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IPVA	Imposto sobre Propriedades de Veículos Automotores
LC	Lei Complementar
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
LRLT	<i>Legal Reasoning and Legal Theory</i>
Min.	Ministro(a)
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
OSICIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PF	Polícia Federal
PGE	Procurador-Geral Eleitoral
PGE	Procuradoria-Geral Eleitoral
RE	Recurso Extraordinário
REPAR	Refinaria Presidente Getúlio Vargas
REsp	Recurso Especial
REspe	Recurso Especial Eleitoral
RHC	Recurso em <i>Habeas Corpus</i>
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RO	Recurso Ordinário
RP	Representação
RRL	<i>Rethoric and the Rule of Law</i>
SFPAIPA	Superintendência de Pesca e Aquicultura no Estado do Pará
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

LISTA DOS SÍMBOLOS LÓGICOS UTILIZADOS

\vee	e (conjunção)
\wedge	ou (disjunção)
\neg	não (negação)
\iff	se e somente se... então (bicondicional)
\implies	se... então... (condicional)
(x)	para todo x (quantificador universal)
O	é obrigatório que... (operador deôntico)

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO: AS DECISÕES QUE CASSAM MANDATOS DO TSE E A HIPÓTESE DE HAVER UMA RACIONALIDADE PRÓPRIA QUE AS ORIENTA.....	17
2	PONTOS CENTRAIS DA TEORIA DE ARGUMENTAÇÃO DE NEIL MACCORMICK: A POSIÇÃO EM “<i>RETHORIC AND THE RULE OF LAW</i>” E A CONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE A PARTIR DE ELEMENTOS PRESENTES NA DECISÃO.....	32
2.1	A teoria da argumentação de Neil MacCormick: a justificação das decisões jurídicas e a definição do raciocínio jurídico como espécie do raciocínio prático. A exposição em respeito ao método científico. Critérios para aferição de racionalidade e o uso da argumentação silogística.....	32
2.1.1	Dos requisitos para se auferir racionalidade: consistência, coerência, consequencialismo e universabilidade.....	38
2.1.1.1	<i>Da universabilidade: a universabilidade como característica essencial da racionalidade. A exigência de que os fundamentos da decisão sejam subsumíveis a princípio relevante de ação replicável a casos semelhantes.....</i>	39
2.1.1.2	<i>Da consistência e da coerência como virtudes sistêmicas do Direito. A consistência como ausência de contradição. A coerência e a adequação ao ordenamento. Consistência e coerência como limitadores das premissas e conclusões que podem ser usadas no raciocínio jurídico.....</i>	43
2.1.1.3	<i>O consequencialismo. As restrições às consequências a serem consideradas. A consequência normativa.....</i>	46
2.1.2	O silogismo e a restrição das controvérsias possíveis. O papel da lógica formal como estrutura de exposição do raciocínio jurídico e não como limitadora de seu conteúdo.....	48
2.1.3	Interpretação, razoabilidade e técnica procedimental de solução de controvérsia. Diferença entre o raciocínio jurídico e o moral. As dúvidas	

	possíveis entre as duas versões em disputa no processo. Os argumentos linguístico, teleológicos, sistêmicos e transcategoricos. A relevância do papel da razoabilidade. A derrotabilidade como decorrência da impossibilidade de se prever em relação a qualquer hipótese normativa todos os possíveis quadros fáticos que poderão ser regidos por ela.....	52
2.2	Rol dos elementos que trazem racionalidade: consistência, coerência, consequencialismo, universalidade, silogismos, derrotabilidade, precedentes, razoabilidade, utilização de argumentos para solucionar problemas interpretativos e uso do voto majoritário.....	57
3	A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO ATIVIDADE LINGUÍSTICA DE CORREÇÃO DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS.....	59
3.1	Das regras do discurso prático geral. A não-contradição, a sinceridade, a universalidade e impossibilidade de falantes usarem a mesma expressão com significados diversos.....	63
3.2	Formas de argumento prático geral. As proposições normativas e suas semelhanças com as proposições empíricas. As duas formas de se fundamentar a proposição normativa: a validade das premissas e as consequências do cumprimento de imperativos.....	66
3.3	Regras de prioridade de fundamentação, regras de fundamentação e limites do discurso prático geral. A estrutura regressiva e aditiva de argumentação. A generalizibilidade e as regras de transição entre os discursos.....	68
3.4	Teoria da argumentação jurídica. A justificação interna e a externa. A universalidade no discurso prático geral e a justiça formal na argumentação jurídica. A expressão de estruturas de justificação e de argumentos por meio de símbolos lógicos.....	70
3.4.1	A justificação externa e a fundamentação das premissas usadas na interna. A argumentação jurídica. A estrutura lógica para os cânones da	

	argumentação. A argumentação semântica, sistemática e teleológica. Os cânones interpretativos e a saturação. As formas de argumento histórica e comparativa.....	75
3.4.2	A argumentação dogmática. A dogmática como conjunto de enunciados relacionados à legislação e à jurisprudência. O conteúdo normativo da dogmática. A linguagem da dogmática, o uso dos enunciados da dogmática, a fundamentação desses enunciados e a função da dogmática. A função de estabilização, de progresso, de descarga, técnica, de controle e heurística da dogmática.....	82
3.4.3	Os precedentes. A justiça formal e os precedentes. Determinação da relevância das diferenças para uso do precedente. A carga da argumentação a quem pretende se afastar dos precedentes. A função de estabilização, progresso e descarga dos precedentes. O <i>distinguishing</i> e o <i>overruling</i>	87
3.4.4	As formas de argumentos jurídicos especiais. O <i>argumentum a contrario</i> , o <i>argumentum a fortiori</i> e o <i>argumentum ad absurdum</i>	88
3.5	Conclusão: o discurso jurídico, o discurso prático geral e a racionalidade. Racionalidade e fundamentação num discurso prático considerando os limites do discurso jurídico. A pretensão de correção e as regras e formas do discurso jurídico. Os 20 tópicos que resumem as estruturas e regras que aumentam a probabilidade de se chegar a uma decisão racional.....	90
4	AS AÇÕES ELEITORAIS GERADORAS DE CASSAÇÃO DE MANDATO.....	95
4.1	Da ação de impugnação de mandato eletivo.....	95
4.1.1	O conceito de fraude na AIME no ordenamento eleitoral.....	97
4.1.2	Do abuso do poder econômico e da corrupção.....	105
4.2	Da ação de investigação judicial eleitoral.....	106
4.3	Ação por captação ilícita de sufrágio.....	109
4.4	Ação por captação ou gasto ilícito de recursos para fins eleitorais.....	110

4.5	Ação pela prática de condutas vedadas aos agentes públicos nas campanhas eleitorais.....	111
5	AS DECISÕES DO TSE QUE CASSAM MANDATOS E AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK E ROBERT ALEXY.....	114
5.1	Da escolha das decisões. A seleção com uso do método científico: a exigência de que a hipótese seja empiricamente testada, a replicabilidade, a objetividade, a transparência, a falseabilidade e a consistência lógica. O método hipotético-dedutivo e o objetivo particularístico: o foco em determinado campo da ciência jurídica. A preocupação com validade da pesquisa: o fato da conclusão sobre a hipótese refletir a realidade. A validade externa e interna da pesquisa.....	114
5.2	Os critérios de racionalidade de Robert Alexy e Neil MacCormick....	119
5.2.1	Os 10 elementos de racionalidade Neil MacCormick.....	119
5.2.2	Os 20 elementos de racionalidade de Robert Alexy.....	120
5.3	O exame das decisões do TSE. A divisão em “<i>sampling frames</i>” e a escolha randomizada dos julgados que serão examinados.....	122
5.3.1	AIJE e Recurso Ordinário em AIJE.....	122
5.3.1.1	<i>Dos autos 0601779-05.2018.6.00.0000.....</i>	124
5.3.1.2	<i>Dos autos 0000010-32.2015.6.03.0000 e 0002227-82.2014.6.03.0000.....</i>	138
5.3.1.3	<i>Dos autos 0601851-89.2018.6.00.0000.....</i>	147
5.3.1.4	<i>Dos autos 1804402-01.4624.0.00.0000.....</i>	153
5.3.2	AIME e Recurso Ordinário em AIME.....	156
5.3.2.1	<i>Dos autos 0601423-80.2018.6.01.0000.....</i>	158
5.3.2.2	<i>Dos autos 0000009-47.2015.6.03.0000.....</i>	178
5.3.2.3	<i>Dos autos 0002250-28.2014.6.03.0000 e 0002220-90.2014.6.03.0000, julgados conjuntamente.....</i>	183
5.3.2.4	<i>Dos autos 0000005-36.2015.6.20.0000.....</i>	187
5.3.3	Das decisões sobre o art. 73 da Lei 9.504/97.....	189
5.3.3.1	<i>Dos autos 0042232-85.2008.6.20.0000.....</i>	195

5.3.3.2	<i>Dos autos 0003230-08.2010.6.14.0000.....</i>	198
5.3.3.3	<i>Dos autos 9998976-14.2008.6.13.0000.....</i>	203
5.3.3.4	<i>Dos autos 0000938-87.2010.6.27.0000.....</i>	207
5.3.4	Das decisões sobre o art. 30-A da Lei 9.504/97.....	209
5.3.4.1	<i>Dos autos do Recurso Ordinário 1635 - Natal/RN.....</i>	212
5.3.4.2	<i>Dos autos do Recurso Ordinário 00002622-47.2010.6.27.0000.....</i>	214
5.3.4.3	<i>Dos autos do Recurso Ordinário 1540/PA.....</i>	218
5.3.4.4	<i>Dos autos do Recurso Ordinário 1679/TO.....</i>	221
5.3.4.5	<i>Dos autos 0000151-69.2014.6.00.000/TO.....</i>	223
5.3.5	Do julgamento da chapa Dilma-Temer.....	229
6	CONCLUSÕES.....	259
6.1	Do resultado dos julgamentos.....	263
6.2	Da impossibilidade de que toda as decisões da justiça eleitoral sejam consideradas irracionais. A racionalidade da justiça eleitoral. Elementos que amplificariam a racionalidade. Teoria de argumentação brasileira: um projeto viável?.....	268
	REFERÊNCIAS.....	275
	ANEXO A – TABELA COM AS AÇÕES UTILIZADAS NA AMOSTRA (SAMPLING FRAME).....	307

1 INTRODUÇÃO: AS DECISÕES QUE CASSAM MANDATOS DO TSE E A HIPÓTESE DE HAVER UMA RACIONALIDADE PRÓPRIA QUE AS ORIENTA

O foco desse trabalho é a argumentação jurídica usada na justificação das decisões do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que cassam mandatos dos eleitos. Questionar-se-á se há racionalidade nessas decisões, tomando-se como hipótese a de que há uma racionalidade própria nesses julgados. Serão adotadas as teorias da argumentação jurídica de Alexy e MacCormick, “que pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e como deveriam ser justificadas”¹. O objeto da teoria da argumentação é o “estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento”². O exame da fundamentação utilizada pelo TSE contribuirá para o trato da racionalidade citada, a qual há de ser mais bem definida no curso do texto para que sirva de parâmetro. E o será, nos tópicos relativos à teoria de MacCormick e de Alexy, a partir dos critérios por eles criados. Receberá, ainda, nova roupagem ao fim, quando for abordada a racionalidade própria da justiça eleitoral. Nessa introdução, são apresentadas apenas algumas noções preliminares sobre ela.

A escolha de Alexy e MacCormick se dá por algumas razões. Em primeiro lugar, ambos são comprometidos com a visão de que é possível justificar racionalmente uma decisão, o que significa que os dois fazem parte do grupo que se convencionou chamar de não-céticos. Ao incluir MacCormick em um grupo que abrange Dworkin e Joseph Raz, William Lucy afirma que embora eles não sejam os únicos não céticos da academia jurídica, estão entre os mais notáveis³. Em segundo, são dois pensadores extremamente relevantes no campo relacionado à aplicação do direito. A visão de Neil MacCormick sobre o raciocínio, desde a primeira edição de *Legal Reasoning e Legal Theory*, é tida como uma das mais influentes no raciocínio jurídico atual, como ensina Atienza⁴, o qual, ademais, eleva o pensamento de Robert Alexy ao patamar de influência de MacCormick. Acrescente-se o quão citado é Alexy na jurisprudência brasileira, em especial por conta da sua técnica de ponderação de princípios. Ressalte-se, ainda, que, como

¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristian Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 22.

² PERELMAN, Chäim; OLBRECHT-STYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 32.

³ LUCY, W. **Adjudication**. The Oxford handbook of jurisprudence and philology of law. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 208.

⁴ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 118.

explica Aldo Schiavello⁵, MacCormick se caracteriza por preocupar-se marcadamente com a prática jurídica concreta, os casos jurisprudenciais e os problemas reais do jurista, juízes e advogados. Aqui, pretende-se adotar essa preocupação no exame da jurisprudência do TSE. Por fim, ambos, também destaca Schiavello⁶, consideram o discurso jurídico como uma espécie particular de discurso prático. No início de *Rhetorics and the Rule of Law*, doravante RRL, sua última obra centrada essencialmente em teoria da argumentação jurídica, MacCormick alinha-se a Alexy, citando-o nominalmente, ao sustentar que a argumentação jurídica deve ser considerada caso especial do discurso prático, e que há de se ajustar “às condições de racionalidade e razoabilidade aplicáveis a todas as modalidades de discurso prático”⁷ (tradução nossa).

Vale destacar desde logo que a expressão “retórica” usada por MacCormick, como ele esclarece em RRL, é utilizada em termos genéricos, com pouca ligação à retórica clássica, à exceção do trabalho de Perelman⁸. Alexy e MacCormick – mas não só – opõem-se aos irracionistas ou céticos, que seriam os que creem que a decisão judicial é “eminentemente pessoal e puramente subjetiva [e] que os juízes sempre puderam decidir e decidem como melhor lhes parece”⁹ (tradução nossa). Dentre esses últimos podem ser enquadrados os adeptos do realismo jurídico, segundo os quais a chave da decisão é o sentimento jurídico. Para Alf Ross¹⁰ e Kelsen¹¹ é inútil qualquer metodologia jurídica normativa e prescritiva. A única útil seria a descritiva, que mostra a maneira pela qual os juízes decidem com a única finalidade de fazer previsões. Essa, como já dito, não será a posição aqui adotada para o exame das decisões do TSE. Estamos com Adeodato, o qual, ao criticar o ativismo jurídico, assevera que quem decide “não é livre de constrangimentos”¹². De outro lado, também não se advogará a favor do ideal oposto, segundo o qual haveria uma só decisão correta para cada conflito, como se os relatos

⁵ SCHIAVELLO, A. Neil MacCormick teorico del diritto e dell’argomentazione giuridica. **Ricerche di Giurisprudenza Analitica**, p. 307-345, 1998.

⁶ *Idem, ibidem*.

⁷ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 17.

⁸ *Ibidem*, p. VI.

⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Razonamiento Jurídico y argumentación: nociones introductorias**. Puno: Zela Grupo Editorial, 2017, p. 104.

¹⁰ ROSS, Alf. **On law and justice**. Tradução de Uta Bindereiter. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 124.

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 248.

¹² ADEODATO, João Maurício. Norma jurídica como decisão dotada de efetividade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 15, n. 106, p. 307-335, jun./set. 2013, p. 332. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/15>. Acesso em: 02 jan. 2019.

sobre os eventos fossem sempre concordantes e se pudesse extirpar completamente a discricionariedade dos autores da decisão¹³.

Acrescente-se que não se concebe que a autonomia da experiência jurídica seja absoluta, um retorno à filosofia de cunho metafísico¹⁴. As limitações não são só as expostas pelo Direito Positivo, mas são também de ordem moral. Na teoria da argumentação, valores unem-se ao Direito a partir da justificação. Afinal, a argumentação jurídica se caracteriza pela “vinculação ao direito vigente”¹⁵. Alerta-se, de logo, que, apesar de reconhecer a existência de limites, não se seguirá a trilha, seguindo o conselho de Karl Larenz, de considerar a aplicação das normas mera subsunção lógica, afinal, toda lei carece de interpretação¹⁶.

Se em nenhuma democracia é desejável que a escolha do eleitorado dê lugar à dos tribunais é preciso criar parâmetros para analisar a legitimidade da atuação desses. O grau de legitimidade da norma individual por eles produzidas dependerá da força dos argumentos na fundamentação do decidido, os quais serão expostos ao escrutínio da comunidade de intérpretes. Como diz Perelman, um discurso “só pode ser eficaz se adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer”¹⁷. O auditório ou comunidade de intérpretes sob cujo escrutínio é colocada a decisão lida com um quadro de profunda instabilidade no que toca às decisões do TSE. Até mesmo Ministros que atuaram no tribunal chegaram a mencionar a existência de posturas contraditórias. Gilmar Mendes, no Agravo Regimental (AgRg)¹⁸ 7-61, defendeu que:

O Tribunal é muito valente para cassar prefeitos de interior, por exemplo, mas é muito reticente em relação às disputas nas capitais, por razões que talvez

¹³ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso** – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 159.

¹⁴ Como disse Habermas em relação a essa, “ao objetivo de uma análise formal das condições de racionalidade não se deixam associar esperanças ontológicas por teorias materialmente substanciais sobre a natureza, a história, a sociedade etc” (HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Sorthe. São Paulo: Editora WMP Martins Fontes, 2012, p. 23).

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 204.

¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 383.

¹⁷ PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 143.

¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo 7-61.2015.6.00.0000/DF**. Se os fatos articulados na inicial vierem acompanhado de conjunto probatório mínimo, mesmo que indiciário, inclusive com decisões do TSE que reconheceram ilícitos eleitorais e indícios de irregularidade no bojo da prestação de contas da campanha dos investigados, há sérios indícios que justificam a regular instrução da ação, em especial na presença de e os fatos amplamente noticiados que dão substância à imputação. Relator: Min. Gilmar Mendes, 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469043709/agravo-regimental-em-acao-de-impugnacao-de-mandato-eletivo-aime-76120156000000-brasilia-df/inteiro-teor-469043729> Acesso em: 06 mar. 2022.

justifiquem um equilíbrio, ou um imaginário equilíbrio que exista. O TSE é muito corajoso às vezes para cassar um governador da Paraíba, mas não quer intrometer-se na disputa em São Paulo, ou no Rio de Janeiro, ou mesmo em Minas Gerais. Há uma assimetria. Referindo-se a este caso, alguém disse: "Se fosse um caso de prefeito de capital, já teria havido uma decisão". Há uma assimetria e talvez tenha uma razão.

A hipótese do trabalho é a possibilidade de existência de racionalidade própria na justiça eleitoral, mesmo que desrespeitados os critérios de MacCormick e Alexy. Veja-se que a impressão corrente é a de que a de que não existe, atualmente, racionalidade nas decisões do TSE que cassam mandatos, especialmente no que se convencionou chamar de *hard cases*. Usemos para esses o conceito dado por William Lucy¹⁹ para quem nos casos difíceis ocorrem uma de três alternativas: a) há dúvida sobre a existência de norma que os regulam; b) não é facilmente identificável qual a proposição normativa, entre as diversas possíveis, que deve ser utilizada; c) não está clara qual a interpretação de uma norma, entre as várias existentes, deve ser aplicada.

O problema da instabilidade se acentua com o incremento dos poderes da Justiça Eleitoral. Esses, desde 1988, foram gradativamente ampliados no que toca à cassação de mandato. Nunca houve, como hoje, tantas possibilidades de a Justiça Eleitoral tornar nulos os votos do eleitor. Seja obstando o registro de candidatura, ato jurídico cuja eficácia é outorgar a alguém a condição de candidato, seja punindo os abusos cometidos pelos candidatos nas campanhas, o TSE ostenta à mão atualmente um largo cabedal de instrumentos para afastar políticos eleitos. Eis as ações aptas a gerar a cassação de mandato: a) Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), prevista no art. 14 da Constituição Federal de 1988 (CF/88)²⁰ para os casos de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude; b) Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), voltada, segundo o art. 22 da Lei Complementar (LC) 64/90²¹, 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"; c) ação prevista no art. 30-A da Lei 9.504/97²², que trata de ilicitudes relativas a arrecadação e gastos de campanha; d) ação lastreada no art. 41-A da Lei 9.504/97, que versa sobre a captação ilícita de sufrágio; e) ação por conduta vedada a agentes públicos, regulada pelos arts. 73 a 78 da Lei 9.504/97.

Se a racionalidade for considerada um valor relevante no discurso jurídico pátrio, vale a pena, partindo das lições de MacCormick e Alexy, indicar possíveis caminhos para incrementar padrões de racionalidade reguladores de situações futuras a serem decididas pela Justiça Eleitoral. De outro lado, será investigado, ainda, na medida em que

¹⁹ *Op. cit.*, p. 221.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 out. 2017.

²¹ BRASIL. **Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 25 out. 2017.

²² BRASIL. **Lei 9.504/97, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9.504.htm. Acesso em: 20 out. 2017.

se avalia a maneira pela qual o TSE apresenta e valora fatos substanciais para a incidência da norma jurídica abstrata, se o mero fato de determinado acórdão descumprir qualquer dos requisitos listados por MacCormick e Alexy basta a dar-lhe o selo de irracional. Destaque-se, aqui, que a pesquisa pode ser qualificada como aplicada já que objetiva produzir conhecimento para melhorar o funcionamento de uma instituição humana, no caso, a Justiça Eleitoral; e particularística, pois a ela interessa somente a racionalidade dentro de um contexto bastante específico, o das ações eleitorais que cassam mandatos.

Para fixar o conceito de racionalidade a ser utilizado de parâmetro no contexto das decisões da justiça eleitoral, o trabalho se baseará nos escritos de Alexy e MacCormick a respeito do debate contemporâneo sobre a justificação de decisões e argumentação racional, a qual só se alcança com a obediência de regras a serem seguidas e formas a serem adotadas. Tais regras e formas do discurso jurídico “constituem por isso um critério de correção para as decisões jurídicas”²³. Essas teorias serão parte essencial da moldura teórica para a hipótese acerca da ausência de racionalidade nas referidas decisões do TSE que cassam mandatos valorando fatos.

Alexy sustenta que se há um consenso entre os juristas sobre a metodologia contemporânea é que ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação da lei envolve apenas inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados²⁴. Por isso, para ele, “da possibilidade de uma argumentação jurídica racional dependem não só o caráter científico da Ciência do Direito, mas também a legitimidade das decisões judiciais”²⁵. Seria irônico que no Direito Eleitoral, cujo objetivo maior é resguardar a manifestação de vontade de eleitor, essa fosse sobrepujada pela simples vontade de juízes exercida travestida em ato legítimo de poder.

Exemplo de uma possível ausência de racionalidade se viu em junho de 2017, quando o TSE, por 4x3, julgou improcedentes, em julgamento conjunto a AIJE 194358, a AIME 761 e da Representação (RP) 846²⁶ propostas em face da chapa Dilma Roussef-Michel Temer, vencedora das eleições presidenciais de 2015. Como Dilma Roussef já não ocupava mais a cadeira de presidente na data do julgamento. Caso a ação fosse julgada procedente teria sido cassado o mandato de Michel Temer, com a conseqüente realização de novas eleições.

Na petição inicial, afirmou-se o uso na campanha presidencial de verbas de propina de empreiteiras contratadas pela Petrobras que inundavam os cofres dos partidos em anos anteriores à eleição e eram nela gastas. Havia, segundo os demandantes, comunicação entre a conta do partido e a conta de campanha, já que as verbas partidárias são doadas para candidatos. No transcorrer do procedimento, o TSE, num agravo cujo Relator foi o Min. Gilmar Mendes, determinou a produção de provas relativas ao financiamento de campanha com o uso de verbas desviadas da Petrobras. Surpreendentemente, a maioria dos Ministros, dentre os quais Gilmar Mendes, ao julgar o mérito, resolveu desconsiderá-las - as mesmas que o tribunal mandou produzir - afirmando que os fatos por elas

²³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 277.

²⁴ *Ibidem*, p. 20.

²⁵ *Ibidem*, p. XV.

²⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 194358, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo 761 e Representação 846**. Direito Eleitoral e Processual Civil. Imputação de abuso de poder político e do poder econômico aos integrantes da chapa presidencial vencedora da eleição. Pedido de cassação de diploma e declaração de inelegibilidade. Impossibilidade de ampliação objetiva da demanda. Julgamento adstrito ao pedido e à causa de pedir postos na inicial. Princípio jurídico da adstrição. Ausência de **prova** quanto aos fatos narrados na petição inicial. Julgamento improcedente. Relator: Min. Napoleão Maia, 12 de setembro de 2018.

embasados não teriam sido tratados na petição inicial.

A mudança radical de postura do TSE que, num primeiro momento, determinou a produção de provas, e posteriormente, resolveu excluí-las, é indício da falta de mínimo hermenêutico²⁷ nas decisões proferidas em processos em que se discute cassação de mandato outorgado pelo voto popular. Pretende-se, ao final, indicar padrões de racionalidade mínimos para regular os diversos casos em que há possibilidade de cassação. A teoria da argumentação servirá a esse propósito. Veja-se que não se tem a pretensão de se afirmar todas as hipóteses em que a decisão será racional: haverá evidente, uma zona de penumbra (para usar uma expressão de Hart empregada por MacCormick), um espaço cinzento em que se admitem dúvidas sobre a existência ou não de racionalidade. Assim, é mais realista imaginar que é possível fixar alguns parâmetros em que é evidente a ausência de racionalidade e outros cuja utilização aumentará a probabilidade de ela ser alcançada.

O TSE até hoje cassou somente três governadores e todos de estados de pequeno poder econômico: Marcelo Miranda, Cassio Cunha Lima e Jackson Lago²⁸, ex-governadores de Tocantins, Paraíba e Maranhão, respectivamente. Sequer prefeitos de grandes capitais foram cassados. No entanto, as cassações de vereadores, prefeitos de pequenos municípios e deputados acontecem aos borbotões. Parece haver um desequilíbrio na aplicação das sanções que realça a importância da pesquisa que pretende analisar a racionalidade da decisão.

Desnecessário explicar a importância de se determinar os limites do poder numa democracia. Decorre da escolha do eleitor o poder a ser exercido pelo eleito. Se faculta-se à Justiça Eleitoral a prerrogativa de rever a escolha do soberano apto a outorgar o exercício do poder a seus escolhidos, é preciso estabelecer as balizas a serem seguidas pelo TSE. Sem tais limites, não haveria, de fato, verdadeira democracia, mas um arremedo dela, no qual a vontade popular acaba por ser substituída pelo mero arbítrio do Judiciário ou do poder político que nele influencia.

Para Atienza, os órgãos jurisdicionais não precisam explicar sua decisão, mas devem justificá-las. Veja-se que essa obrigação hoje é posta claramente na CF/88 e no novo Código de Processo Civil (CPC), o qual deixou de prever o famigerado “princípio do livre convencimento”. À luz da hipótese de pesquisa, a preocupação com a justificação traduz-se no olhar sobre a maneira pela qual são expostas e interligadas as cadeias argumentativas que levam à decisão de cassação de mandato. A lógica formal não é suficiente a essa análise, como bem lembra Hart, segundo o qual o Direito não é sistema lógico de normas de conduta e de competência, razão pela qual é essencial analisá-lo segundo a ótica dos que reconhecem a norma e a aplicam²⁹.

Numa definição ainda preliminar de um dos aspectos da racionalidade, é possível afirmar que qualquer discurso jurídico que possa ser chamado de racional deve, ao produzir enunciado normativo, como uma decisão, ter pretensão de correção. Em outros termos, é preciso que o enunciado “no contexto de um ordenamento jurídico vigente possa ser racionalmente fundamentado”³⁰. Lembremos que no ordenamento jurídico brasileiro há exigência

²⁷ KRELL, Andreas. Breves considerações sobre a função da lógica na interpretação e aplicação do direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, v. 2, n. 7, p. 1–12, 2016.

²⁸ LYRA, Paulo de Tarso. Nos últimos 10 anos, TSE só pediu cassação de mandato de três governadores. **Correio Brasiliense**, 2017. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2017/04/03/interna_politica,585593/governadorescassados-pelo-tse.shtml. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁹ HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 111-136.

³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação**

de fundamentação da decisão, tanto no art. 93, IX, da CF/88 quanto nos arts. 489 e 927 do novo CPC. A maneira pela qual essa fundamentação se dará racionalmente é exatamente o objeto do estudo de uma teoria do discurso jurídico³¹. Nesse discurso são vistos dois aspectos da justificação: a interna e a externa, para Alexy³², e a de primeiro ou de segundo grau, para MacCormick³³. Na interna, examina-se se a decisão decorre logicamente das premissas que expostas como fundamentação; na externa, o objeto da justificação é a correção dessas premissas³⁴.

A análise de tal correção se faz sob a luz do princípio da universalidade de Alexy, o qual serve de base à justiça formal. Para que essa se faça presente, exige-se que se observe uma regra que obriga tratar da mesma maneira todos os seres de uma mesma categoria. Tal princípio há de ser defendido especialmente “quando na formulação da norma se usam expressões que admitem diversas interpretações e quando são possíveis diversas consequências jurídicas”³⁵. O Direito eleitoral é pródigo em tais normas. Como definir com precisão o que seria “abuso de poder econômico”? O que dizer da “gravidade” exigida pela LC 64/90 para configurar tal abuso? Quais os limites do conceito de “fraude” previsto no art. 14 da CF/88, cuja ocorrência constitui causa de pedir de ação de impugnação de mandato voltada à cassação de políticos?

Em todos esses casos, a apreciação dos fatos desempenhará papel essencial, o que faz surgir a necessidade de se conferir importância à argumentação empírica. Essa envolve um olhar além do Direito – eleitoral, no caso - e exige as lentes de outras disciplinas, como Economia, Ciência Política, Marketing, etc. Lembra-nos Alexy que “tanto no discurso prático geral como no discurso jurídico surge o problema de que frequentemente não se pode obter o conhecimento empírico necessário com a certeza desejável”³⁶. Em tais casos, são necessárias regras de presunção racional. Não por outro motivo o processo civil incorpora regras de ônus da prova, de revelia, das presunções relativas e absoluta, e da *presumptio ominis* dentre outras, as quais determinam os fatos que serão tomados como verdadeiros, ainda que não reflitam o que realmente ocorreu.

Se a linguagem pode ser dúbia e a análise dos fatos é feita sem a certeza desejável, parece claro que também não haveria como se estipular de forma absoluta hierarquia entre argumentos. Alexy delega essa questão aos participantes do discurso jurídico, o que não significa que eles possam resolvê-la arbitrariamente. É que “o princípio da universalidade, como princípio básico da teoria do discurso, exige que a relação entre as formas de argumentos estabelecida segundo regras seja fundamentável racionalmente”³⁷. À luz do princípio da universalidade, as determinações de peso estipuladas pelos participantes no discurso nos diferentes contextos de interpretação valem na medida em que são obtidas a partir de razões não apenas para o caso discutido, mas para todos os casos idênticos nos aspectos relevantes³⁸. Surge, então, a necessidade da ponderação, já que a relação entre as formas de argumentos

jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 206.

³¹ *Ibidem.*, p. 211.

³² *Ibidem.*, p. 214.

³³ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 42.

³⁴ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 213.

³⁵ *Ibidem.*, p. 216.

³⁶ *Ibidem.*, p. 217.

³⁷ *Ibidem.*, p. 238-239.

³⁸ *Idem, ibidem.*

deve ser estabelecida racionalmente³⁹.

O intérprete pode escolher sempre entre duas ou mais alternativas⁴⁰ e não há cânone interpretativo, diria Hart⁴¹, capaz de resolver definitivamente a disputa. A escolha tem que estar justificada, ou será mera recomendação baseada em autoridade. Assim, é racional somente o que pode ser justificado na discussão jurídica. Nessa linha caminha MacCormick, que, como Alexy, não defende nem o ultrarracionalismo de Dworkin⁴² nem o irracionalismo de Alf Ross⁴³. Para ele, justificar é dar razões que mostrem que decisão está de acordo com o Direito. MacCormick confere ainda força ao argumento consequencialista, como se verá. Para ele, a argumentação prática e jurídica cumprem função de justificação, dando razões que mostrem que a decisão está de acordo com o Direito. Nesse mesmo sentido, vale lembrar Lourival Vilanova⁴⁴, segundo o qual a conclusão de um caso concreto está além da mera relação sintática entre as proposições, pois há um vínculo com a realidade (ontologia) do fenômeno do Direito que pertence à sociologia, à moral, mas não à lógica jurídica formal.

Uma teoria da argumentação jurídica que mereça esse nome também não deve desconsiderar a função dos precedentes. Não se pode olvidar o papel aqui do princípio de inércia perelmaniano, segundo o qual uma decisão só pode ser mudada “se forem apresentadas razões suficientes”⁴⁵. É óbvio que um caso julgado pelo TSE nunca será absolutamente idêntico a outro. Por isso, “o verdadeiro problema se transfere à determinação da relevância da diferença”⁴⁶. O precedente é um dos *topoi* da argumentação jurídica, orientando a interpretação na fase dialética e dando lastro à interpretação considerada válida na justificação⁴⁷. A aderência ao precedente deve ser a regra, e não a exceção, pois o trabalho dos juízes seria quase impossibilitado se em cada caso que fossem julgar as decisões passadas fossem ignoradas⁴⁸. Como o TSE se comporta em relação aos precedentes é um dos pontos a ser esclarecido no momento da análise das suas decisões. Respeitaria ele a inércia de Perelman?

Não se pode esquecer que precedente tem a importante função de reduzir a margem do discursivamente possível, o que é essencial para uma ciência prática que tem como um dos valores a segurança jurídica⁴⁹. Reforça-se, assim, o próprio princípio da universalidade. A propósito, o fato do Direito ser voltado à resolução de problemas e consecução de valores nele contidos parece aproximá-lo mais de uma prudência do que de ciência propriamente dita, para usar o conceito aristotélico⁵⁰⁻⁵¹. Ainda assim, a prudência há de ser exercitada segundo critérios que lhe

³⁹ *Idem, ibidem.*

⁴⁰ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 236.

⁴¹ HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

⁴² Para o autor, “frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeiras. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 429).

⁴³ ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 124.

⁴⁴ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1997, p. 322-330.

⁴⁵ PERELMAN, Chäim; OLBRECHT-STYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42.

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 217.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. **Precedente e Giurisprudenza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 796.

⁴⁸ CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. Oxford: Oxford University Press, 1921.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 262.

⁵⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 158-159.

outorguem racionalidade.

O rompimento total entre similaridade das decisões somente é possível por meio de carga de argumentação extrema que se justifique com base nas peculiaridades do caso concreto. Quando o TSE passa a não seguir sua própria jurisprudência sem razões fundamentadoras da mudança de posição, não só está ignorando os precedentes, mas ofendendo uma máxima da teoria do discurso.

MacCormick sustenta que a coerência na justificação das decisões faz parte da busca racional da universalização delas. É preciso que cada uma delas reflita modelo de decidir que possa ser usado para casos futuros. Tal uso depende da coerência normativa e dos fatos. Sobre tal coerência da decisão, Aarnio⁵² leciona que: a) os silogismos devem indicar razões jurídicas e extrajurídicas e deve-se apontar qual a relevância de cada argumento; b) variados tipos de silogismos fortalecem a argumentação e, em consequência, a credibilidade do discurso; c) os silogismos devem ser independentes entre si, mas relacionados graças às circunstâncias do caso concreto; d) quanto maior o número de conexões entre eles maior a força do argumento.

Enfatiza-se que não se imagina ser possível eliminar ambiguidades peculiares ao Direito. O raciocínio jurídico tem uma lógica própria, e “sua estrutura o ajusta para dar sentido à ambiguidade e para constantemente verificar se a sociedade observou novas diferenças ou semelhanças”⁵³. O fato da lógica formal não ser aplicável ao discurso jurídico, o que indica que há sempre mais de uma alternativa possível para o intérprete, não constitui abertura ao arbítrio ou ao relativismo absoluto. Há limites ao poder e aos conceitos jurídicos, como já demonstrado. No decorrer da pesquisa, o objetivo é elencar quais são os tipos de argumentos usados pelo TSE e sugerir alternativas – o que será feito na conclusão – que poderiam conferir maior racionalidade às decisões do TSE, limitando o arbítrio. Buscar-se-á, ao fim e ao cabo, estudar os fundamentos das decisões do TSE através das lentes da teoria da argumentação de MacCormick e Alexy.

Desde já, sustenta-se que regularidade será um dos aspectos a provar a racionalidade. Ela será especialmente relevante no capítulo final, quando se examinará se, ainda que não respeitados todos os parâmetros de Alexy e MacCormick, as decisões do TSE podem ser consideradas racionais. Importantes, nessa quadra, as lições de Aarnio⁵⁴ e daquele em que ele se baseou, Peter Winch. Segundo eles, o objetivo de toda ciência é a elucidação o das regularidades do assunto que investiga. O que é problemático é como determinar os critérios de similitude. Winch observa que, em última instância, tudo depende das regras e princípios acordados na comunidade científica⁵⁵. Eles

⁵¹ Renato José de Moraes, escrevendo sobre o conceito de Direito a partir de Aristóteles, afirma que seria arte, “porque ele não garante que o jurista ou as partes interessadas ajam de uma maneira correta” (MORAES, Renato José de. Que tipo de saber é o direito? Entre a ciência, a prudência e a técnica. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, p. 83-111, jan./abr. 2017, p. 107. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47451>. Acesso em: 30 abr. 2017).

⁵² AARNIO, Aulis. **Essays on the doctrinal study of law**. London: Springer, 2011, p. 144-146.

⁵³ LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução de Eneida Vieira Santos; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 132.

⁵⁴ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 45.

⁵⁵ WINCH, Peter. **The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy**. 2. ed. London and New York: Routledge in Great Britain and Humanities Press International, Inc. in the United States of America, 1960, p. 83.

dizem o que é e o que não é exigido para a investigação dos fenômenos. Segundo Winch⁵⁶, a diferença entre as ciências naturais e as ciências sociais (humanas e morais) reside na diferente origem das regras. Nas ciências naturais a matéria é externa ao investigador (no sentido propriamente dito da palavra) e, assim, a base para a avaliação da similitude pode ser encontrada na própria comunidade científica. Não há tais regras na natureza. As regras são regras para aproximar-se da verdade e se cristalizaram, sobre diferentes bases, na comunidade de investigadores.

No caso das investigações da sociedade, a situação é diferente. Nas ciências sociais, as regras que definem a similitude devem ser buscadas, ao menos em parte, na matéria mesma que se analisa, ou seja, na sociedade. Se, por exemplo, temos que determinar se duas formas de atividade, orar e saudar, são as mesmas ou não, a atividade por si (os movimentos, os gestos) não revela diferenças ou similitudes. A base para a deliberação tem que ser buscada na sociedade em que se realizam estas formas de comportamento, que são regidos por costumes sociais definidos por certas regras. Mais importante ainda, estas regras constituem o comportamento para o que é, por exemplo, saudar. Por essa razão, temos que conhecer, ao menos, algumas regras (constitutivas) antes de poder classificar formas de comportamento⁵⁷.

A fim de se buscar rigor científico nesse trabalho, lembremos que o método científico é baseado em observação sistemática e lógica consistente⁵⁸. Seis princípios devem ser seguidos: a) a hipótese deve ser empiricamente testada, o que faz com que observação e dados sejam necessários; b) o estudo e suas conclusões precisam ser replicáveis; c) o estudo deve ser objetivo, ou seja, qualquer um deve poder repeti-los sozinhos, o que exige clara exposição dos pressupostos, conceitos e procedimentos usados; d) deve haver transparência, compartilhando-se toda e qualquer informação relevante usada na pesquisa; e) a hipótese deve ser falsificável – para usar um conceito de Karl Popper⁵⁹ - o que significa que é possível imaginar observações que irão contradizer a hipótese (se não há nada que possa afastar a hipótese, não haveria qualquer sentido em discuti-la); f) é necessário que haja consistência lógica e coerência, ou seja, não de ser afastadas as contradições e as conclusões devem ser tomadas em respeito aos fatos observados, pouco importando o resultado disso em relação à comprovação ou negação da hipótese. Será tomado especial cuidado com a seleção das decisões a serem estudadas, usando-se o método randômico para executá-la a fim de evitar o equívoco apontado por Thomas Kuhn segundo o qual “a coleta inicial de fatos é usualmente restrita à riqueza de dados que estão prontamente à nossa disposição”⁶⁰.

Nos dois primeiros capítulos, serão expostas sucintamente as ideias centrais de MacCormick e Alexy. Nos dois seguintes, pontuarei os aspectos mais relevantes da Justiça Eleitoral e das ações eleitorais geradoras de decisões aptas a cassar mandatos. Quanto a essas, alguns temas merecerão mais destaques por trazerem dificuldades aos

⁵⁶ *Idem, ibidem.*

⁵⁷ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 46

⁵⁸ Informações repassadas no curso online “*Quantitative Method*”, da Universidade de Amsterdam, pela Profa. Annemarie Zand Scholten, no módulo 1.02, Scientific Method. (SCHOLTEN, Annemarie Zand. “*Quantitative Method*”: 1.02 Origins: Scientific method. Universidade de Amsterdam, 2021. Disponível em: https://d396qusza40orc.cloudfront.net/solidsciencemethods/Video%20lecture%20transcripts/English/1_Origins.pdf. Acesso em: 04 abr. 2021).

⁵⁹ POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**. London: Routledge, 2005, p. 17.

⁶⁰ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1998, p. 35.

tribunais quanto à sua definição, como “fraude” que serve de causa de pedir para as ações de impugnação de mandato eletivo. Se falamos da racionalidade das decisões do TSE que as julgamos, é evidente que é premissa necessária tratarmos da estrutura da justiça eleitoral, suas funções e dos instrumentos processuais por meio do qual se veiculam as demandas de cassação de mandato. Como afirma Alexy, “para elaborar propostas de normas e de decisões, visto que elas ocorrem no âmbito do ordenamento jurídico existente, é necessário o conhecimento desse ordenamento jurídico”⁶¹. Novamente, lembremos que essa é uma pesquisa voltada ao exame das decisões do TSE. Por isso, os capítulos iniciais terão como objetivo somente e tão somente oferecer ao leitor o indumentário teórico suficiente à compreensão do capítulo final. O âmago da tese não é constituído pelas teorias de MacCormick, de Alexy, ou a Justiça Eleitoral.

No último capítulo examinaremos decisões do TSE, escolhidas randomicamente - com exceção do julgamento da chapa Dilma-Temer - a fim de analisar a racionalidade delas. Tais julgados enfrentarão os filtros doutrinários de Alexy e MacCormick expostos nos capítulos anteriores. Já antecipando parte da conclusão do trabalho acerca da existência de elementos irracionais no comportamento decisório do TSE, avisa-se desde já que o mero fato de uma decisão não obedecer a todos os critérios de MacCormick e Alexy não será suficiente para que seja considerada irracional de acordo com o ordenamento pátrio. A racionalidade, consoante se demonstrará, aproxima-se muito mais de elemento que admite gradação do que um que sempre se fará plenamente presente ou ausente. Serão, ao fim, feitas propostas doutrinárias e normativas para elevar o grau de racionalidade das decisões. Para permitir a falseabilidade da tese a ser apresentada, elencarei todos os julgados utilizados no estudo em tabelas no apêndice.

Antes de prosseguirmos vale destacar o estado da arte atual em relação às análises críticas dos mecanismos de deliberação dos tribunais, citando, exemplificativamente, profissionais do direito têm tratado do tema com profundidade. Um deles é José Virgílio Afonso da Silva, com sua pesquisa junto à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) denominada “A prática deliberativa no Supremo Tribunal Federal”⁶² da qual se originaram cinco artigos⁶³, sendo o último “Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF”⁶⁴. Outro que merece destaque é José Rodrigo Rodrigues⁶⁵ com seu livro “Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)”. Para Rodrigues, a formação da jurisprudência no Brasil se faz principalmente pela “via de súmulas e enunciados e não pela reconstrução argumentativa de casos

⁶¹ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 241.

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. **A prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: FAPESP, 2011-2014. Disponível em: <https://bv.fapesp.br/pt/auxilios/35188/a-pratica-deliberativa-no-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 02 dez. 2021.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”?: o papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 1, n. 1, p. 180–200, 2015a; SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 47, p. 205–225, 2015b; SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF?: uma réplica a Almeida e Bogossian. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, p. 648–669, 2016; SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how? **European Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 209–240, 2017; SILVA, Virgílio Afonso da. Big Brother is watching the court: effects of TV broadcasting on judicial deliberation. **Verfassung und Recht in Übersee**, v. 51, n. 2, 2018.

⁶⁴ SILVA, José Virgílio da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021.

⁶⁵ RODRIGUES, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. São Paulo: FGV Editora, 2013.

paradigmáticos que constituam uma tradição, como ocorre no direito anglo-saxão”⁶⁶.

A temática também tem sido trabalhada pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), cujo Núcleo de Direito e Democracia tem pesquisa denominada “Esfera Pública e Efetividade do Direito: um estudo sobre a formação e a aplicação da legislação antirracista no Brasil”⁶⁷, coordenado por Marta Machado. Ela também compõe o Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Fundação Getúlio Vargas (FGV) - outro órgão que tem se debruçado sobre o estudo crítico das decisões judiciais - e é autora de estudos como o artigo “Dogmática jurídica encarnada: a disputa interpretativa em torno das medidas protetivas de urgência e suas consequências para a vida das mulheres”⁶⁸.

Por fim, merece também referência Basile Christopoulos⁶⁹, autor de “Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF”.

⁶⁶ *Idem*, p. 14.

⁶⁷ CEBRAP. Centro Brasileiro de Análise e Pesquisa. Núcleo de Direito e Democracia. **Esfera pública e efetividade do Direito, um estudo sobre a formação e a aplicação da legislação antirracista no Brasil**. 2007. Disponível em: <https://cebrap.org.br/pesquisas/esfera-publica-e-efetividade-do-direito-um-estudo-sobre-a-formacao-e-a-aplicacao-da-legislacao-anti-racista-no-brasil/>. Acesso em: 14 jan. 2022.

⁶⁸ MACHADO, Marta R. de Assis; GUARANHA, Olívia Landi C. Dogmática jurídica encarnada: a disputa interpretativa em torno das medidas protetivas de urgência e suas consequências para a vida das mulheres. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 16, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/83274> Acesso em: 06 mar. 2022.

⁶⁹ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 81.

2 PONTOS CENTRAIS DA TEORIA DE ARGUMENTAÇÃO DE NEIL MACCORMICK: A POSIÇÃO EM “*RETHORIC AND THE RULE OF LAW*” E A CONSTRUÇÃO DA RACIONALIDADE A PARTIR DE ELEMENTOS PRESENTES NA DECISÃO

2.1 A teoria da argumentação de Neil MacCormick: a justificação das decisões jurídicas e a definição do raciocínio jurídico como espécie do raciocínio prático. A exposição em respeito ao método científico. Critérios para aferição de racionalidade e o uso da argumentação silogística.

Para MacCormick, qualquer estudo da argumentação jurídica é uma tentativa de prescrever e explicar os critérios referentes ao que constitui um tipo positivo ou negativo, aceitável ou inaceitável de argumento perante a lei. Preocupa-se MacCormick, especialmente, como nos diz Thomas Bustamante⁷⁰, com a justificação da decisão jurídica por ele ter consciência do grau de subjetividade sempre presente em alguma extensão na interpretação e aplicação do Direito.

Em *Rethoric and the Rule of Law* (RRL), ele destaca que seu objetivo é estabelecer uma “visão do que são elementos que fortalecem e enfraquecem a argumentação e que permita que discriminemos entre melhores e piores argumentos, ou entre aqueles que são mais ou menos racionalmente persuasivos”⁷¹. Assim como sua antecessora *Legal Reasoning and Legal Theory*⁷² (LRLT), RRL trata dos requisitos a serem cumpridos pela argumentação jurídica para que seja considerada atividade racional tendo em vista os limites do sistema jurídico. Manuel Atienza enquadra a teoria de argumentação jurídica de MacCormick – e de Alexy – no rol daquelas que “pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (e ao mesmo tempo, pois segundo eles os dois planos em geral coincidem) como deveriam ser justificadas”⁷³.

Como afirma Juan Biazevic⁷⁴ em dissertação de mestrado na qual comparou as duas obras centrais sobre raciocínio jurídico de Neil MacCormick, LRLT e RRL, naquela o tema foi

⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 106, p. 263–314, 2013, p. 273.

⁷¹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. VI.

⁷² MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. 2nd. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

⁷³ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 22.

⁷⁴ BIAZEVIC, Juan. *O raciocínio jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre legal reasoning and legal theory e rhetoric and the rule of law*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito,

desenvolvido nos limites da teoria positivista de Hart; nessa, mudanças profundas são feitas, em especial no que toca a: a) o papel que os valores desempenham na construção dos conceitos jurídicos; b) a definição do raciocínio jurídico como espécie do raciocínio prático, em especial por conta da influência de Robert Alexy. Em virtude de tais alterações de posicionamento, MacCormick afasta-se do modelo Hartiano em RRL, defende Biazevic⁷⁵. Suas posições quanto à argumentação jurídica acabaram exigindo a formulação de nova concepção sobre o Direito. No prefácio do livro seguinte a RRL, *Institutions of Law*, ele define-se como pós-positivista, nos seguintes termos: “Em resposta aos debates dessas décadas, minha posição mudou para pós-positivista”⁷⁶ (tradução nossa).

Fabrizio Perin, por sua vez, defende que MacCormick busca suprir a insuficiência do positivismo de ignorar o modo de aplicação do Direito, especialmente o positivismo jurídico como definido por Hart⁷⁷.

Nesse tópico serão tratadas sucintamente as ideias de MacCormick expostas em RRL, sua última obra centrada em teoria da argumentação. Serão feitas referências a outras escritos seus, como LRLT e *Institutions of Law*, quando necessário a clarear os conceitos utilizados em RRL.

Pontuemos, desde logo, o caráter científico da exposição de MacCormick. Nela, os caracteres do método científico⁷⁸ se fazem presentes e pelas lentes desses podemos entender mais claramente a teoria da argumentação por ele explanada. Para começar, os estudos são baseados em observação sistemática e lógica consistente. Não à toa são examinados inúmeros julgados de tribunais superiores sempre sob as mesmas premissas. Nesse ponto, Manuel Atienza critica MacCormick pelo fato dele se concentrar nas decisões dos tribunais superiores, o que faria com que “o aspecto argumentativo tivesse importância maior do que realmente tem”⁷⁹. A escolha também explicaria relativo abandono da argumentação relativa aos problemas de prova, apesar de

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 5-6.

⁷⁵ *Idem, ibidem*.

⁷⁶ MACCORMICK, N. **Institutions of Law: An Essay in Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. V. Tradução livre de: “*In response to the debates of these decades, my position has changed to one of postpositivism*”.

⁷⁷ PERIN, Fabrizio. Função e fundamentação da justificação por dedução na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Porto Alegre, p. 72-102, jul./dez. 2017, p. 75.

⁷⁸ Os caracteres aqui citados e todos os demais relativos ao método científico mencionados no texto foram obtidos oralmente no curso online “*Quantitative Method*”, da Universidade de Amsterdam. (SCHOLTEN, Annemarie Zand. “*Quantitative Method*”: 1.02 Origins: Scientific method. Universidade de Amsterdam, 2021. Disponível em: https://d396qusza40orc.cloudfront.net/solidsciencemethods/Video%20lecture%20transcripts/English/1_Origins.pdf. Acesso em: 04 abr. 2021).

⁷⁹ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 130.

sua importância nas decisões jurídicas.

A crítica perde força se considerarmos, como fez Basile Christopoulos⁸⁰, que as decisões dos tribunais superiores merecem atenção diferenciada por tentarem unificar critérios de decisão de determinado sistema. Ademais, o fato de serem menos numerosas viabiliza pesquisa abrangente⁸¹. Acrescentamos nós que, segundo o método científico, uma hipótese, mesmo de aplicação inicialmente restrita, deverá ser ampliada para outros contextos. Assim, o fato de focar em tribunais superiores num primeiro momento pouco diz sobre a validade da pesquisa, já que o que importa é a possibilidade de generalização para outros contextos. Como se verá, o que MacCormick constrói a partir de decisões de tribunais superiores é perfeitamente aplicável para os demais julgados.

Sigamos levantando outras características do método científico usado por MacCormick. As hipóteses sobre a racionalidade da argumentação jurídica que apresenta são empiricamente testadas, o que é feito por meio das observações e exame de dados de decisões concretas. Seu estudo é replicável, já que basta examinar os julgados por ele trazidos a lume. Outros podem repeti-lo, o que significa que há objetividade, extraída das suas claras premissas, conceitos e procedimentos. Sua hipótese é falseável, pois é possível imaginar observações que poderão contraditá-la. Finalmente, a hipótese é logicamente consistente o que significa que não tem contradições.

MacCormick usa o método indutivo-dedutivo e considera que assim deve operar o raciocínio jurídico: parte-se do particular para o geral (ou universal). A origem da universabilidade - conceito a ser visto abaixo - de MacCormick, é, portanto, a inferência feita a partir do raciocínio indutivo tão própria do método científico. Nesse reconhece-se que não há verdades absolutas ou permanentes, já que elas durarão apenas até quando um novo fato surgir. Exatamente o mesmo raciocínio é aplicado ao Direito por MacCormick, que reconhece, também quanto à universabilização, o problema do raciocínio indutivo, o qual jamais é apto a demonstrar absolutamente o que quer que seja, já que um novo fato observável pode colocar por terra todos os outros que foram observados anteriormente. Já defendeu Karl Popper⁸² que:

⁸⁰ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade**: argumentação consequencialista nas decisões do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 81

⁸¹ *Idem, ibidem.*

⁸² POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**. London: Routledge, 2005, p. 4. Tradução livre de: “*Now it is far from obvious, from a logical point of view, that we are justified in inferring universal statements from singular*

Está longe de ser óbvio, de um ponto de vista lógico, que nós estamos corretos em inferir conclusões universais a partir de observações singulares, não importa o quão numerosas essas sejam; isso porque qualquer conclusão obtida dessa maneira pode ser falsa; não interessa quantas vezes cisnes brancos sejam observados, isso não justifica uma conclusão de que todos os cisnes são brancos (tradução nossa).

O objeto de qualquer teoria da argumentação é a maneira pela qual decisões são justificadas e o raciocínio elaborado para se chegar a elas. Cláudia Roesler defende que a teoria da argumentação “não é uma teoria da decisão judicial, mas da justificação (teoria standard) ou dos discursos judiciais (teoria retórica)”⁸³. Para MacCormick, o estudo da argumentação jurídica busca explicar os critérios por meio dos quais avaliamos os argumentos da decisão judicial. Em RRL, MacCormick sustenta, seguindo a trilha de Alexy, que o discurso jurídico é uma das modalidades de discurso prático, o qual opera sob a premissa de que há matérias sobre as quais as opiniões podem estar certas ou erradas. Segundo ele: “[...] o tipo de argumentação utilizado nas decisões judiciais, a argumentação jurídica, e no pensamento jurídico em todas suas formas e níveis são, como esse livro junto com outros autores contemporâneos sustentam, uma forma de discurso prático⁸⁴” (tradução nossa).

Embora haja uma pretensão implícita de correção em qualquer discurso jurídico, isso não significa, para MacCormick, que haverá somente uma escolha correta no caso em julgamento. MacCormick se coloca no meio do caminho entre o ultrarracionalismo de Dworkin e sua *one right answer thesis* e os irracionistas⁸⁵. Defender que existe apenas e tão somente uma decisão correta - na maioria dos casos, como dito - é a postura dos ultrarracionalistas. No outro extremo do espectro, estão os irracionistas, como Alf Ross, para quem as instituições jurídicas fundamentais não parecem permitir argumentação racional⁸⁶. Para ele, invocar a justiça da

ones, no matter how numerous; for any conclusion drawn in this way may Always turn out to be false: no matter how many instances of white swans we may have observed, this does not justify the conclusion that all swans are White.”

⁸³ ROESLER, Cláudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais, p. 21-44. In: ROESLER, C.; HARTMAN, F.; REIS, I. (Org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018, v. 2, p. 37.

⁸⁴ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 277. Tradução livre de: “*The kind of reasoning which goes forward in legal decision-making, legal argumentation and indeed in legal thought in all its forms and levels is, as this book in common with Other contemporary authors maintains, a form of practical reasoning*”.

⁸⁵ MICHELON JR., Claudio. “MacCormick’s Institutionalism between Theoretical and Practical Reason”. **Diritto & questioni pubbliche**, n. 9, p. 53-62, 2009, p. 60-61. Disponível em:

http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2009_n9/index.htm. Acesso em: 02 fev. 2020.

⁸⁶ ROSS, Alf. **On law and justice**. Tradução de Uta Bindereiter. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 216.

decisão equivale é simplesmente “bater os punhos numa mesa”⁸⁷⁻⁸⁸ (tradução nossa), o que significa que há apenas ilusão de racionalidade. MacCormick adota solução intermediária. Considera perfeitamente viável haver mais de uma solução para o mesmo caso. Racionalidade, portanto, não corresponde à característica da decisão que adota a única decisão correta possível.

MacCormick oferece roteiro que objetiva avaliar quais são as escolhas interpretativas adequadas ao caso em análise. Tal roteiro é composto por uma série de critérios de avaliação, cuja presença possibilita avaliar a racionalidade da decisão dentro do sistema jurídico em que produzida. Ao longo desse capítulo trataremos desses critérios.

A racionalidade para MacCormick, não é inerente a nenhum argumento; ela é construída. Racionalidade é conceito relacional. Uma decisão é racional em relação a determinado ordenamento. Não é demais lembrar que a origem etimológica desse substantivo derivado é a palavra razão, a qual aponta para a proporção entre duas grandezas. Só é possível se dizer que algo é racional em relação a uma grandeza que orienta o conceito; no nosso caso, mais especificamente, em relação a um determinado sistema jurídico.

Quanto às normas que o compõem, MacCormick destaca a necessidade perene de interpretação. Afirmar que é impossível às regras resolverem tudo por si⁸⁹ e que o ato de aplicar a lei necessariamente exige algum ato interpretativo⁹⁰. Aplicar a lei demanda interpretá-la; afinal “todo texto de lei tem que ser compreendido antes de aplicado”⁹¹ (tradução nossa). Difícil discordar: como se aplicar o que não se compreende?

Veja-se que a tese problematiza a ilusão do raciocínio subsuntivo do fato à norma. Descoberto o fato gerador, para usar a linguagem ponteano, seriam geradas consequências jurídicas previstas no ordenamento. Como esse fenômeno da passagem do fato ao Direito poderia se dar sem que primeiro se interpretasse a legislação e, em seguida, se analisasse se o fato ocorrido se enquadra nos conceitos nascidos da interpretação? É o próprio Pontes de Miranda que esclarece que:

⁸⁷ *Idem*, p. 354. Tradução livre de: “*Invoking justice is the same thing as banging on the table*”.

⁸⁸ SCHIAVELLO, A. Neil MacCormick teorico del diritto e dell’argomentazione giuridica. **Ricerche di Giurisprudenza Analitica**, p. 307-345, 1998, p. 311.

⁸⁹ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 80.

⁹⁰ *Ibid*, p. 121.

⁹¹ *Idem, ibidem*. Tradução livre de: “*Any norm posed in na authoritative legal text has to be understood before it can be applied*”.

Seja como for, há sempre dúvidas que exsurtem, a respeito de fatos, que se têm, ou não de meter nas categorias, e da categoria em que no caso afirmativo, se haveriam de colocar. Outras, ainda, a propósito dos próprios conceitos e das regras jurídicas, que têm de ser entendidas e interpretadas⁹².

A racionalidade é um fenômeno não observável diretamente nas decisões judiciais. Isso não significa dizer que não é detectável. Veja-se que o mesmo pode-se dizer de forças físicas, como a gravidade. Não se enxerga a força da gravidade, mas os efeitos que gera sobre os corpos físicos; da mesma maneira, quanto à racionalidade, o que se observa são condutas particulares, expostas por meio de textos construídos em certa estrutura, das quais é possível concluir a racionalidade. Não é de espantar que MacCormick - em quem Hume, grande empirista, gerou profunda influência⁹³, segundo o próprio MacCormick - use na sua metodologia a extração, em casos reais, de caracteres essenciais da racionalidade - ou ausência dela - da argumentação jurídica. Ele aponta, ainda, qual a melhor forma de justificar as decisões práticas. O modelo que sugere, portanto, é descritivo e prescritivo.

Dentre os caracteres que retira da observação da prática jurídica está o uso da argumentação silogística⁹⁴. É ela que oferece a estrutura dentro da qual argumentos jurídicos fazem sentido⁹⁵. A premissa maior é composta pela norma; a menor, pelos fatos; e a conclusão é o resultado da aplicação da legislação às premissas. Obviamente que MacCormick não está a dizer que a lógica formal serve a resolver os problemas jurídicos. Para ele, a razões de qualquer caso “pertencem à lógica das probabilidades e não das certezas”⁹⁶. Assim, não é possível sustentar que as decisões são tomadas dedutivamente, em especial porque alguns ou todos os termos da lei deverão ser interpretados; diga-se o mesmo dos fatos, cuja interpretação dirá se se enquadram na hipótese de incidência da norma. O raciocínio jurídico não pode ser exposto por

⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Campinas-SP: Bookseller, 2000, p. 15.

⁹³ Rafael Mafei nos lembra que em LRLT MacCormick inicia seu argumento “usando a postulação de Hume segundo a qual nós não decidimos problemas morais da mesma forma como cuidamos de problema matemáticos” (RABELO QUEIROZ, Rafael Mafei. Uma teoria do raciocínio para a Teoria do Direito. **Revista Direito FGV**, v. 3, n. 2, p. 331-338, jul./dez. 2007, p. 331. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9670/Rafael%20Mafei%20Rabelo%20Queiroz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jul. 2021.

⁹⁴ Para Fabrício, em LRLT o fundamento jurídico, baseado no positivismo hartiano, na justificação por dedução evidencia que a decisão tem como base uma regra jurídica, e “funda-se na perspectiva de que o direito é formado por um sistema de regras”. EM RRL, em que MacCormick assume-se pós-positivista. *Ibidem*.

⁹⁵ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law**: a theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 42.

⁹⁶ *Idem, ibidem*. Tradução livre de: “*They belong in a logico f probabilities, not certainties[...]*”

meio da lógica formal, mas pelos entimemas. Quanto a esses, ensina Adeodato⁹⁷ que a decisão jurídica é a apresentada por meio do silogismo entimemático, como se deduzida de norma geral. No entimema, apresentam-se premissas acerca do provável, que conduzem a conclusões igualmente prováveis. Há, portanto, saltos entre premissas e conclusões, os quais, porém, são regulados por padrões de racionalidade do discurso.

Para MacCormick a estrutura silogística serve à apresentação do raciocínio envolvido na aplicação da lei, não para limitá-lo à dedução. Conforme bem destacou Juan Biazevic, “considerando que a aplicação do direito envolve relacionar normas abstratas, fatos concretos e conclusões normativas, as justificativas se tornam inteligíveis a partir da possibilidade de recondução a essa estrutura”⁹⁸. Na mesma esteira, ensinam Andreas e Olga Krell que:

Num raciocínio encadeiam-se juízos, a partir dos quais podem ser inferidas conclusões. Tal operação mental deve seguir certas regras lógicas para que a linha de pensar não se torne incoerente; normalmente, ela se dá por dedução, isto é, estabelece relações formais obrigatórias entre as proposições. No âmbito das ciências, a lógica serve, sobretudo, para organizar as relações formais entre conteúdos de pensamento e leva a um raciocínio coerente, consequente, que seja “correto” nas suas inferências⁹⁹.

2.1.1 Dos requisitos para se auferir racionalidade: consistência, coerência, consequencialismo e universabilidade

Como dito, em RRL defende-se que a racionalidade é construída, e não é inerente a argumento nenhum. Essa construção se faz por meio do preenchimento de determinados requisitos da justificação. Mostra-nos Gabriel Betti-Rubinger que MacCormick tenciona oferecer um roteiro por meio do qual se avaliam quais as escolhas interpretativas mais adequadas¹⁰⁰. Ele elenca quatro critérios de avaliação (consistência, coerência, consequencialismo e universabilidade) por meio dos quais a racionalidade de uma decisão judicial dentro do sistema jurídico é avaliada¹⁰¹. Iniciemos o exame desses critérios pela universabilidade.

⁹⁷ ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 261-263.

⁹⁸ BIAZEVIC, Juan. **O raciocínio jurídico de Neil MacCormick**: um estudo comparativo entre legal reasoning and legal theory e rhetoric and the rule of law. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 9.

⁹⁹ KRELL, Andreas; KRELL, Olga. A importância do raciocínio retórico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 244-271, 2016, p. 246.

¹⁰⁰ BETTI-RÜBINGER, Gabriel. Os critérios de avaliação das decisões judiciais segundo Neil MacCormick. In: ROESLER, C.; HARTMAN, F.; REIS, I. (Org.). **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 67-98.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*.

2.1.1.1 *Da universalidade: a universalidade como característica essencial da racionalidade. A exigência de que os fundamentos da decisão sejam subsumíveis a princípio relevante de ação replicável a casos semelhantes.*

Sem dúvida, a universalidade é a característica da justificativa racional mais importante pelo fato de gerar consequências profundas em outros elementos da teoria explicitada em RRL. Vejamos.

MacCormick, em RRL, sustenta que justificar um ato é mostrar que ele está certo e que “mostrar que está certo é demonstrar que em qualquer visão objetiva da matéria, dado o caráter do ato e das circunstâncias o ato deveria ser praticado”¹⁰² (tradução nossa). MacCormick não quer dizer, com afirmação acima, que há apenas uma e somente uma solução para o caso concreto. Afinal, a justificação de uma escolha será sempre persuasiva, não sendo possível dizer que será a única logicamente aceitável¹⁰³. Referindo-se à possibilidade do texto ter mais de uma interpretação possível, defende que deve-se admitir sua relativa indeterminação como pontos comuns de partidas para diferentes pessoas, o que contrasta com a radical determinação da argumentação exclusivamente moral¹⁰⁴. Esse ponto é utilizado por ele para diferenciar o raciocínio jurídico do moral. Embora ambos tragam ínsitos elementos interpretativos, o último admite apenas uma solução.

A justificação não se confunde apenas com motivação e explicação. Não há justificação sem universalização¹⁰⁵. Essa exige que os fundamentos da decisão sejam subsumíveis a um princípio relevante de ação replicável a casos semelhantes, ainda que seja excepcional. Universalizar corresponde a aplicar a mesma decisão quando estiverem presentes os mesmos pressupostos. Para MacCormick, primordial ao Estado de Direito que a aplicação da lei reforce a universalização e seu caráter igualitário.

A exigência de que a justificação de decisões particulares seja feita baseada em proposições universais que servirão a solucionar casos semelhantes está presente tanto em RRL

¹⁰² MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 98. Tradução livre de: “*To justify an act is to show that it is right. To show that it is right is to show that, upon any objective view of the matter, the act ought to have been done, or even had to be done, given the character of the act and the circumstances of the case.*”

¹⁰³ MACCORMICK, Neil. **Practical reason in law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 195

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 259.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 99.

quanto em LRLT. Porém, como aponta Biazevic¹⁰⁶, em RRL há uma diferença no trato da universalização em relação a LRLT. Nessa, o foco estava nas razões de decidir do caso; naquela, consideram-se também as consequências da decisão.

Trazendo o debate para a seara do Direito Eleitoral, uma decisão do TSE tem que necessariamente considerar aspectos particulares. Será que o tribunal assim tem feito? No dizer de MacCormick, um bom processo decisório deve maximizar as oportunidades para todos os pontos particulares da situação serem examinados¹⁰⁷. Ademais, só se poderá dizer que houve de fato justificação se houver boas razões para decidir em determinado sentido, e se elas sobrepujam de alguma maneira outras razões ofertadas como alternativas de decisão.

Toda universalização a partir de casos particulares deve ser aceita com um certo cuidado, já que haverá circunstâncias, exceções e qualificações e que não provocarão o mesmo resultado das circunstâncias previstas no caso originário¹⁰⁸.

A principal crítica à ideia de “*universability*” foi feita por Steven Burton¹⁰⁹ - e respondida por MacCormick – e é a seguinte: não há juiz que possa afirmar que levou em conta todos os fatos possíveis num caso de forma a poder criar regra aplicável a outros semelhantes¹¹⁰. Qual seria a saída? Usar uma expressão como “na maioria das vezes que ocorrer A, então B”? A dificuldade aqui é que essa expressão não oferece orientação acerca da previsibilidade de decisões¹¹¹. O que fazer, então?

A presença da circunstância especial que justificaria o uso de “na maioria das vezes” e a sua consequência também deve ser universalizada. MacCormick dá como exemplo a regra segundo a qual a custódia de uma criança deve sempre ser outorgada à sua mãe, salvo na presença de razões que determinem o contrário. Segundo ele¹¹²:

¹⁰⁶ *Op. cit.*, p. 45

¹⁰⁷ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 84.

¹⁰⁸ *Idem.*, p. 90.

¹⁰⁹ BURTON, Steven J. Professor MacCormick’s claim regarding universalisation in Law. In: FARALLI, C.; PATTARO, E. (Eds.). **Reason in Law**. Milan: Dottore A. Giuffrè, 1988, v. II, p. 155-166.

¹¹⁰ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 91.

¹¹¹ *Ibidem.*, p. 95.

¹¹² *Ibidem.*, p. 94. Tradução livre de: “*If particularism is understood as no more than a position that insists on the openness to evaluate new cases and circumstances when these arise, then it is acceptable. But this is openness to new particulars within a justifying schema of defeasible universals, and each new exception once acknowledged becomes itself a universalized exception*”.

Se particularismo for entendido como não mais que uma posição que insiste nessa abertura para avaliar novos casos e circunstâncias quando surgirem, então é aceitável. Mas essa é abertura a novas particularidades dentro de um esquema justificativo com universais derrotáveis, e cada nova exceção, uma vez reconhecida, torna-se ela mesma uma exceção universalizada (tradução nossa).

Nesse ponto, vale ressaltar que MacCormick também sustenta que universal e particular são propriedades lógicas que se contrapõem. A mesma relação de contraposição é encontrada entre “geral” e “específico”, termos que traduzem propriedades quantitativas. Se os dois últimos admitem gradação, os dois primeiros não o fazem, justamente por serem propriedades lógicas. Regras e princípios são universais, mas regras são mais específicas que princípios.

Ao tratar da universalização, MacCormick levanta característica essencial à teoria da argumentação. Justamente por haver sempre exceções implícitas a toda proposição universal relativa ao que deve ser feito, afirma-se que há uma derrotabilidade, ou *defeasibility*, em todas as regras jurídicas¹¹³.

O conceito de derrotabilidade é refinado ao longo do texto. MacCormick, nos capítulos finais, explica que, em realidade, não há direito a ser derrotado, tampouco norma a ser derrotada. O direito é um fato institucional, que só se fará presente quando presentes e aperfeiçoadas todas as condições¹¹⁴ exigidas para seu surgimento¹¹⁵. O que é derrotado é o ponto afirmado por uma das partes, a reivindicação de um direito¹¹⁶ por ela feita, mas não a norma ou o direito em si.

Relembremos o que se disse no início do capítulo. MacCormick adota, num primeiro momento, ensinamentos de Hume, um empirista - posteriormente passa se inspirar essencialmente em Adam Smith¹¹⁷ - e apresenta sua teoria segundo algo semelhante ao ciclo empírico. O ciclo tem cinco etapas: observação, indução, dedução, teste e avaliação. No caso de MacCormick, primeiro observam-se as decisões; em seguida, por raciocínio indutivo, extrai-se

¹¹³ *Ibidem*, p. 89.

¹¹⁴ Poderíamos traduzir tais condições como a presença dos elementos positivos do suporte fático do fato jurídico e a ausência dos elementos negativo.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 243.

¹¹⁶ “*Asserting of claim*”, do original (MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press Inc, 2005, p. 243).

¹¹⁷ Lembremos que em RRL, MacCormick informa que passa a se inspirar em Adam Smith e não mais em Hume quanto ao papel que os valores exercem na argumentação jurídica, neste trecho: “*I implicitly abandon the Humean non-cognitivism that I espoused in Legal Reasoning and Legal Theory (see Chapter 6 below). Yet I remain attached to the prospect of marrying in some way (yet to be fully explored) Adam Smith’s account of moral sentiments with a Kantian universalistic moral philosophy modified to allow of defeasible universalism (see Chapters 5 and 12 below). In these and other ways I attempt to improve on what I have written before, in the process aligning myself closer to Ronald Dworkin’s position than I have previously thought right*” (*Op. cit.*, p. 40).

uma conclusão universal. Para ele, regras e princípios podem ser construídos por meio de generalização indutiva a partir de razões particulares em casos particulares. No entanto, ressalva expressamente a impossibilidade dessa generalização de particulares, por si, justificar qualquer decisão, já que ela não é capaz de suplantar a necessidade de uma profunda análise e avaliação daquilo que for relevante para se tomar uma decisão que resolva o dilema posto.

Ainda caminhando na trilha do ciclo empírico, a conclusão universalizada passa a ser aplicada a outros casos por meio de dedução (“sempre que A, então B”); são feitos testes para se verificar se a dedução é correta, o que aponta para o aspecto consequencial da universalização; e na fase da avaliação, os resultados são interpretados. Nesse ciclo é possível o surgimento de novas hipóteses, que podem até mesmo gerar a necessidade de afastar a primeira conclusão. Novas informações, portanto, são inseridas na produção do conhecimento exatamente como ocorre com as exceções a uma regra universal as quais poderão, por si, serem universalizadas.

Finalizemos esse tópico apontando o papel importantíssimo que proposições universais exercem na justificação nos discursos práticos e no Estado de Direito para MacCormick: a universalização, para ele, é pressuposto para que o caráter igualitário do Estado de Direito prevaleça. E quanto às decisões da Justiça Eleitoral, será que têm obedecido a esse caráter igualitário?

Superada a questão da universalização das razões de justificações, passemos para os requisitos da consistência e da coerência.

2.1.1.2 Da consistência e da coerência como virtudes sistêmicas do Direito. A consistência como ausência de contradição. A coerência e a adequação ao ordenamento. Consistência e coerência como limitadores das premissas e conclusões que podem ser usadas no raciocínio jurídico.

MacCormick, em RRL, considera consistência e coerência como virtudes sistêmicas do Direito¹¹⁸. Consistência corresponde à relação de não contradição entre a proposição posta na decisão e o sistema jurídico dentro do qual o raciocínio jurídico deve ser elaborado. A proposição nascida do raciocínio não pode contradizer regra cogente do ordenamento¹¹⁹. Nas palavras de

¹¹⁸ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 104.

¹¹⁹ Lembremos que David Hume, um dos grandes influenciadores de MacCormick, sustentava que “ a mente tem a faculdade de unir todas as ideias que não envolvem contradição (HUME, David. **An Abstract of a book lately published, entitled Treatise of Human Nature**. Tradução de Rachel Gutiérrez e José Sotero Caio. Florianópolis:

MacCormick, “uma parte necessária da justificação dessa decisão é mostrar que ela não contradiz normas válidas do direito”¹²⁰ (tradução nossa). Já a coerência é a propriedade de fazer sentido ante o ordenamento considerado em sua completude¹²¹. Não basta, portanto, mostrar que o raciocínio não contradiz regra jurídica. Para MacCormick¹²²: “Outra parte necessária é mostrar que ela é fundamentada em princípios legais estabelecidos ou por analogias razoáveis com regras estabelecidas de direito e com algum princípio que possa ser afirmado para sustentar a relevância da analogia” (tradução nossa).

Consistência, portanto, é ausência de contradição; coerência, adequação. Essa admite gradação; aquela, não. Quanto às críticas de que os conceitos não podem ser separados MacCormick argumenta¹²³ que, de fato, coerência perfeita afastaria qualquer inconsistência, mas alguma inconsistência seria perfeitamente compatível com coerência relativa.

A coerência e a consistência limitam as premissas e conclusões que podem ser usadas no raciocínio jurídico. Para MacCormick, as conclusões – que devem ser universalizadas, lembremos – não surgem no vazio, mas no contexto de regras anteriormente criadas pelos legisladores e debatidas e propostas por juristas e juízes¹²⁴. As decisões nos casos particulares devem, necessariamente, portanto, obedecer aos limites da consistência, da coerência e da razoável análise das consequências (tema a ser abordado adiante) no conjunto normativo existente. O conceito de universalização, assim, é uma função dos conceitos de consistência e coerência, já que as decisões e seus fundamentos devem ser universalizados considerado o contexto do ordenamento. Esse contexto é o que torna possível, destaca MacCormick, a tarefa de decidir, a qual seria “mais que hercúlea”¹²⁵ (tradução nossa) se não houvesse qualquer parâmetro, pois envolve necessariamente certo relativismo, questões com mais de uma resposta e possibilidades de revisão. Não o é porque fundamentos e o material a ser usado nas decisões existem em profusão e já foram trabalhados anteriormente, em especial nos precedentes judiciais.

Editora Paraulap, 1994, p. 77).

¹²⁰ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 104.

¹²¹ *Ibidem*, p. 205.

¹²² *Ibidem*, p. 104. Tradução livre de: “*A further necessary part is to show that it is supported by established legal principles or by reasonably close analogy with established rules of law where some storable principle sustains the relevancy of the analogy*”.

¹²³ *Ibidem.*, p. 205.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 149. Tradução livre de: “*A further necessary part is to show that it is supported by established legal principles or by reasonably close analogy with established rules of law where some storable principle sustains the relevancy of the analogy*”.

¹²⁵ *Idem, ibidem*.

Quanto a esses precedentes, a consistência e a coerência exigem o respeito a eles, os quais, em qualquer doutrina racional dos precedentes devem ser tomados como vinculantes ou no mínimo persuasivos para casos futuros¹²⁶.

Veja-se que a existência de limites a serem observados quanto aos fundamentos e à conclusão mostra que a pretensão de correção do discurso jurídico - que por ser modalidade do discurso prático necessariamente a tem - é distinta da pretensão de correção do discurso prático geral. O elemento distintivo é o fato do discurso jurídico não ter como preocupação central a determinação do que é o correto a ser feito em termos gerais, mas do que é correto segundo as balizas do sistema jurídico¹²⁷.

Como já dito antes, MacCormick segue o método científico na sua exposição. Um dos requisitos desse método é o de validade externa da conclusão. A conclusão corresponde, no raciocínio jurídico, à decisão e seu fundamento. Para se verificar a presença de validade externa do estudo, checa-se se sua conclusão se aplica para outros cenários¹²⁸. Um sistema que espera razoável clareza das decisões dos juízes também tem a expectativa de que eles testem a aceitabilidade delas no espectro de casos, reais ou hipotéticos, que poderiam ser cobertos por elas¹²⁹. Esse teste, que no método científico conferiria validade externa, gera, na linguagem de MacCormick, a aferição da possível universalização.

A decisão de conflitos com base no Direito é atividade que traz ínsita a expectativa de racionalidade¹³⁰. Espera-se que decisões judiciais nasçam de “ato humano racional e que seja possível identificar por meio das razões tornadas públicas na fundamentação da decisão os elementos de racionalidade”¹³¹. A argumentação e a decisão devem ser consistentes e coerentes

¹²⁶ *Idem*, p. 157.

¹²⁷ ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. *Ratio Juris*, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374–384, dez. 1999, p. 375.

¹²⁸ Informação passada oralmente por Annemarie Zand Scholten na Aula 2.03 Scientific method: Criteria, do curso *Quantitative Methods* da Universidade de Amsterdam. Todo experimento precisa obedecer a critérios de validade. Um estudo é considerado válido, se sua conclusão for verdadeira. Há dois tipos de validade, a interna e a externa. Aquela estará presente quando a causa levantada na hipótese realmente gera o efeito observado. Essa, se as conclusões puderem ser aplicados a diversos cenários e grupos. (SCHOLTEN, Annemarie Zand. “*Quantitative Method*”: 2.03 Scientific method: Criteria. Universidade de Amsterdam, 2021. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/quantitative-methods/lecture/HFVih/2-03-criteria>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹²⁹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 57.

¹³⁰ LUCY, W. *Adjudication*. The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 206.

¹³¹ BIAZEVIC, Juan. *O raciocínio jurídico de Neil MacCormick: um estudo comparativo entre legal reasoning and legal theory e rhetoric and the rule of law*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

com as normas do ordenamento. Recordemos que MacCormick, em RRL, incorpora os valores ao ordenamento, e não por outra razão se considera pós-positivista. Então, a coerência e a consistência precisam levá-los em conta também, afinal, “os valores e outros fatores relevantes às decisões legais estão entremeados no tecido do ordenamento”¹³².

Haverá racionalidade para MacCormick quando a autoridade apontar a regra abstrata e os fatos pertinentes que necessariamente determinam a solução do caso concreto. Vê-se, portanto, que a apresentação do raciocínio por meio de silogismo é crucial à racionalidade. A regra abstrata é a premissa maior; os fatos, a menor. Essa apresentação por meio de silogismo independe do grau de dificuldade do caso. Nesse ponto, ressaltamos que a expressão “caso difícil” é usada por MacCormick em LRLT; em RRL, utiliza-se o conceito de “casos problematizados”. A diferença entre um caso problematizado e um não problematizado nascerá da postura dos interessados na solução do problema. Se houver mais de uma proposição disputando qual é a correta o problema será difícil. Será necessário, para escolha da vencedora da disputa, a apresentação de argumentos persuasivos. O quão persuasivo será o argumento dependerá da consistência, do grau de coerência com o sistema jurídico, da universalidade e da análise das consequências. Já examinadas as três primeiras, passemos agora à última.

2.1.1.3 O consequencialismo. As restrições às consequências a serem consideradas. A consequência normativa.

Consistência, coerência e universalidade são elementos necessários à argumentação racional; não são, porém, sempre suficiente para concluir a favor de uma possível decisão do caso¹³³. Segundo o professor escocês, o ponto decisivo, se um caso permanece indefinido mesmo após passar pelos testes da consistência e da coerência, é o argumento consequencial.

Quanto às consequências, em RRL MacCormick assevera que, ao se decidir entre proposições rivais, devem ser consideradas principalmente as consequências no plano da normatividade do Direito. Com razão Biazevic para quem a tese já era implicitamente defendida em LRLT, já que nessa se afirmava que “os valores e os princípios do sistema jurídico são o

¹³² MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 188. Tradução livre de: “*The values and other factors relevant to legal decisions are themselves woven into the fabric of the law*”.

¹³³ *Ibidem.*, p. 104.

horizonte dentro do qual as diversas concepções de justiça concorrerão para determinar a melhor consequência da decisão”¹³⁴.

MacCormick se coloca no ponto intermediário entre dois extremos. Num, bastaria considerar as consequências para se chegar à justificação de uma decisão, por mais remotas que fossem. Haveria, assim, apenas a consideração de “produção do maior benefício líquido, consideradas todas as consequências e julgando-as por algum critério adequado de custo-benefício”¹³⁵ (tradução nossa). Noutra, a correção da decisão e sua justificação independeriam totalmente de suas consequências por mais previsíveis que fossem. Nenhuma dessas alternativas é aceitável. A primeira afasta a possibilidade de justificação racional para qualquer decisão, uma vez que o futuro é imprevisível e a cadeia de consequências estende-se infinitamente¹³⁶. Ademais, não se encontra um critério final que poderia ser utilizado para se fazer todos os cálculos de custo e benefício. Seria considerada a satisfação? O prazer? Alguma preferência? Quanto à segunda possibilidade de atuação, a de ignorar as consequências, MacCormick sustenta que de qualquer pessoa prudente e responsável exige-se que se considerem seriamente os resultados previsíveis de qualquer ato ou decisão antes de praticar aquele e tomar essa. O brocardo latino “*fiat justitia, pereat mundus*”, portanto, é inútil, segundo a teoria da argumentação de MacCormick. Ademais, a natureza e qualidade das decisões são constituídos pelas consequências que o decisor prevê, espera ou busca alcançar¹³⁷.

Para MacCormick, apenas determinados tipos e alcances de consequências devem ser considerados relevantes para se justificar qualquer decisão. O ponto a ser resolvido é: embora determinado grau de argumento consequencialista seja essencial à justificação, quais são as consequências relevantes para ela? De acordo com o autor, deve prevalecer a argumentação persuasiva que mostrar as melhores consequências normativas. Assim, nem todas as consequências importam, mas somente aquelas que as decisões terão a capacidade de criar dentro do modelo normativo. São irrelevantes, por exemplo, as consequências relacionadas ao estímulo ou desestímulo do comportamento das pessoas em sociedades, objeto do estudo de outras teorias

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 54.

¹³⁵ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 101. Tradução livre de: “[...] *the only justification of a decision would be in terms of all its consequences, however remote – in terms, that is, of its productivity of the greatest net benefit, taking together all consequences and judging them by some suitable criterion of benefit and detriment*”.

¹³⁶ *Ibidem.*, p. 102.

¹³⁷ *Idem, Ibidem.*

consequencialistas como a Análise Econômica do Direito. Se o operador do Direito, em todos os casos lida com problemas jurídicos, então a resposta sempre deve ser capaz de ser exibida em termos jurídicos¹³⁸. Tal resposta deve ser obtida por meio da interpretação da legislação, dos precedentes, dos princípios¹³⁹ e ser desenvolvida a partir da reflexão sobre o Direito como uma ordem normativa prática e coerente. Em outros termos: em todos os casos jurídicos, sejam eles problemáticos – aqueles em que proposições rivais batalham – ou não, os operadores do Direito lidarão com problemas legais, sempre, e não com a crueza dos temas morais ou políticos. Se esses últimos existem, aparecerão na discussão jurídica pelo filtro do ordenamento. Como as questões jurídicas, obviamente, envolvem temas jurídicos, a resposta a elas deve ser sempre construída em termos legais. Portanto, em qualquer dilema, todo responsável pela decisão deve olhar para escolha diante dele em termos de suas consequências legais¹⁴⁰.

As consequências devem ser examinadas por dois vieses: o do caso em concreto a ser julgado e o dos casos futuros semelhantes, já que, graças à universalização, o que decidido no primeiro deverá nortear a atuação do intérprete em relação aos últimos. No dizer de MacCormick¹⁴¹:

Decisões não são justificadas em termos dos seus efeitos imediatos somente nas partes (é aqui que casos difíceis criam direito ruim), mas em termos de uma proposição jurídica aceitável que cubra o caso presente e esteja, portanto, disponível para outros casos semelhantes (dessa maneira satisfazendo a demanda de justiça de que casos semelhantes devem ser tratados semelhantemente) (tradução nossa).

Note-se que a limitação das consequências ao âmbito legal não é nada mais nada menos que resultado necessário da coerência que deve reger as decisões. Afinal, as escolhas do intérprete, ainda que em termos consequenciais, jamais - como já explicitado no tópico relativo à consistência e coerência - surgem no vácuo, mas no contexto de regras e valores do ordenamento. Se esse contexto importa, então é natural determinar-se que os valores que servirão a orientar a

¹³⁸ *Idem, ibidem.*

¹³⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁴⁰ *Idem, ibidem.*

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 103. Tradução livre de: “*Decisions are not justified in terms of their direct immediate effects on the parties alone (that is when hard cases make bad law), but in terms of an acceptable proposition of law that covers the present case and it therefore available for other like cases(hence satisfying the demand of justice that like cases be treated alike)*”.

escolha das consequências jurídicas relevantes sejam os do ramo do direito pertinente ao caso¹⁴². Se o debate envolver Direito Eleitoral, portanto, os valores da liberdade de escolha do eleitor e igualdade de condições de disputa pelo cargo eletivo devem prevalecer (será que assim tem ocorrido?); se Penal, a presunção de inocência, os direitos da vítima, a liberdade do investigado/réu e assim por diante. Os valores de cada ramo são, na verdade, sustentados pelas normas legais e delas extraídos. Afinal, não se elabora nenhuma legislação sem qualquer objetivo¹⁴³. Ora, se a legislação busca promover determinados valores e os tem nela plasmado, o rol de consequências a serem levadas em conta para justificação é por eles limitado.

2.1.2 O silogismo e a restrição das controvérsias possíveis. O papel da lógica formal como estrutura de exposição do raciocínio jurídico e não como limitadora de seu conteúdo.

Recordemos que MacCormick usa em seu método de análise a extração em casos reais de caracteres essenciais da racionalidade da argumentação jurídica. Ademais, ele aponta qual a melhor forma de justificar as decisões práticas. O modelo que sugere, como já dito, é, portanto, descritivo e prescritivo. Dentre os caracteres que extrai da sua observação dos casos práticos está o uso da argumentação silogística. É ela que fornece a estrutura dentro da qual outros argumentos fazem sentido como argumentos jurídicos¹⁴⁴. A premissa maior é composta pela norma; a menor, pelos fatos; e a conclusão é o resultado da aplicação da legislação às premissas.

MacCormick não está a dizer que a lógica formal serve a resolver os problemas jurídicos. Para ele, a razões de qualquer caso “pertencem à lógica das probabilidades e não das certezas”¹⁴⁵ (tradução nossa). Assim, não é possível sustentar que as decisões são tomadas dedutivamente, em especial porque alguns ou todos os termos da lei deverão ser interpretados; diga-se o mesmo dos fatos, cuja interpretação dirá se se enquadram na hipótese de incidência da norma. MacCormick, portanto, não sustenta que a lógica formal será sempre hábil a determinar o resultado dos julgamentos. Afinal, a correção lógica dos argumentos não garante a veracidade da conclusão, já que essa decorre do fato das premissas serem verdadeiras. A lógica formal não é capaz de

¹⁴² *Ibidem*, p. 114.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 135.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 42.

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*. Tradução livre de: “*They belong in a logic of probabilities, not certainties, so that is in the end the decisive logic of the matter*”.

determinar se o conteúdo das premissas ou da conclusão é falso ou verdadeiro. Seu papel, como diz MacCormick, é de ser estrutura por meio do qual argumentos são expostos.

Para MacCormick a estrutura silogística serve à apresentação do raciocínio envolvido na aplicação da lei, não para limitá-lo à dedução. O silogismo é usado para apresentar o raciocínio jurídico, o qual pode ser resumido à fórmula “Sempre que FO, então CN”¹⁴⁶⁻¹⁴⁷ (tradução nossa).

MacCormick, ao restringir o papel do silogismo, escapa do erro apontado por Atienza - e, como esse lembra, por Perelman, Viehweg e Toulmin - de pretender reconstruir a argumentação jurídica a partir do modelo da lógica dedutiva¹⁴⁸. Em RRL, já no início do capítulo em que trata do silogismo legal, o autor ressalta que se o silogismo exerce um papel estruturador fundamental no raciocínio jurídico, de maneira nenhuma tal raciocínio se esgota nessa estrutura.

O uso do silogismo, para MacCormick, restringe a quatro as categorias de controvérsias em qualquer caso: 1) não há prova de que a premissa FO ocorreu, o chamado problema de prova; 2) o que foi alegado, tendo sido ou não provado, não corresponde ao conceito de FO previsto na lei, o que configura um problema de classificação, caracterização ou qualificação. Se FO corresponder a standards valorativos como razoabilidade, equidade ou afins, a denominação do problema muda para “avaliação”; 3) há divergência sobre a própria interpretação da regra “Sempre que FO, então CN”, o que configura o problema de interpretação; 4) o problema de relevância: o sucesso da demanda depende de uma leitura específica da norma legal que a torne relevante diante dos fatos provados. Veja-se que as últimas três controvérsias se referem à premissa maior do silogismo; a primeira, à menor.

As maiores críticas à teoria de MacCormick, indubitavelmente, focam no papel desempenhado em seu modelo pela lógica e pela dedução¹⁴⁹ e pela representação pouco clara da teoria. White¹⁵⁰, por exemplo, criticando a notação lógica de expressões usadas por MacCormick em LRLT, ressalta que ao usar símbolos de lógica proposicional para expressar as relações como “Se p então q; 2) p; 3) então q” MacCormick é impreciso e gera confusões. Na simbologia usada por MacCormick, entre o antecedente “p” e consequente “q” na frase “Se p então q” haveria uma

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.43. Tradução livre de: “Whenever OF, then NC”.

¹⁴⁷ OF significa *Operative facts*; NC, *normative consequences*, como MacCormick explicou (*ibidem*, p. 24) Traduzi-os como fatos operativos e consequências normativas, respectivamente.

¹⁴⁸ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 118.

¹⁴⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristian Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 139.

¹⁵⁰ WHITE, Patricia. Philosophy and Law: Some Observations on MacCormick's Legal Reasoning and Legal Theory. *Michigan Law Review*, n. 78, p. 737-742, 1979-1980.

semi-elipse; o “então” seria representado por três pontos dispostos num formato de triângulo. White escreve que deveriam ser usados universais como “Se P, então Q”. White não explica por que essa notação gera confusão. MacCormick, vale lembrar, esclarece para o leitor o sentido de cada símbolo em LRLT¹⁵¹, como se vê na citação abaixo, mantida no original, assim como a próxima citação, para que o leitor julgue a precisão das instruções dele como por ele mesmo dadas:

Um último ponto preliminar que pode ser útil, mesmo que apenas como uma introdução ao uso estabelecido da lógica, é a explicação de mais uma notação pictográfica como abreviação. Em vez de escrever “sempre que, então” podemos adotar o sinal ‘::)’ cujo uso padrão serve para expressar a relação de implicação material entre duas proposições p e q (tradução nossa)¹⁵².

Atienza, ao relembrar a crítica de Wilson, destaca que para ele MacCormick deveria ter usado a lógica de predicados e não proposicional. O fato é que esse tipo de crítica em nada afeta a substância do raciocínio de MacCormick¹⁵³, o qual desde 1989, passou a reconhecer que “a dedução jurídica deve ser reconstruída em termos de lógica predicativa”. Em RRL, MacCormick abre o capítulo 3 – “*On the legal Syllogism*” usando um universal (*If OF, then NC; OF; therefore NC*) e deixando de lado os símbolos da lógica proposicional. De qualquer maneira, quando resolve usar a simbologia para facilitar a explicação, MacCormick jamais abandona o leitor à própria sorte, explicando o sentido dos símbolos, como se nota no trecho a seguir¹⁵⁴:

The major premise here could be cast in a form suitable to predicate logic thus: ‘for all persons, if a person blasphemes the gods, then the person is liable to be executed’. To express this symbolically, take ‘p’ as a person variable, and ‘B’ as a predicate constant signifying ‘has blasphemed the gods’, and ‘L’ as a predicate constant signifying ‘is liable to be executed’. This would yield: For all p, if Bp, then Lp.

Outra crítica, essa mais consistente, é a de Wellman¹⁵⁵ para quem a aceitação do

¹⁵¹ MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. 2nd. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 28.

¹⁵² Tradução livre de: “*One final preliminary which may be helpful, if only as an introduction to an established logical usage, will be to explain a further piece of symbolic shorthand. Instead of writing ‘if in any case then’ we can adopt the sign ‘::)’ which is standardly used to express the relationship of ‘material implication’ between two propositions p and q*”.

¹⁵³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristian Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 140.

¹⁵⁴ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 58.

¹⁵⁵ WELLMAN, V. A. **Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory Justification**.

raciocínio dedutivo para a decisão jurídica é problemática porque levaria ao dilema de ter que se aceitar inconsistência no ordenamento jurídico embora a lógica formal não as admita. De acordo com Wellman, seria perfeitamente possível que diante do mesmo quadro fático e normativo (as premissas) houvesse mais de uma conclusão para o silogismo. Ele dá como exemplo caso simultaneamente regido por regras diferentes, com tais regras prescrevendo consequências incompatíveis entre si¹⁵⁶. Isso, na visão de Wellman, seria resolvido somente se fossem afastadas todas as inconsistências do sistema legal. No entanto, para ele, os proponentes do uso da dedução não podem afastá-las do sistema¹⁵⁷. Então, ao mesmo tempo que os proponentes do modelo dedutivo não podem aceitar inconsistências, não possuem a faculdade de extirparem-nas do sistema jurídico. Nasceria, assim, o dilema citado, o qual impediria a aplicação da dedução.

A crítica há de ser afastada por dois motivos. A uma, por partir da premissa errada de que MacCormick utiliza lógica formal somente pelo fato de usar o silogismo, ignorando que esse é utilizado como forma de estruturação de argumentos a serem utilizados, e não como sua baliza limitadora. A duas, porque é possível que o silogismo seja apenas a etapa final da argumentação. Para se chegar à construção das premissas que levarão à conclusão, raciocínios outros, como o entimemático, são usados. Além disso a coerência e consistência a serem exigidas também compõem a relação entre decisão/justificação e o ordenamento. Note-se, ainda, que em LRLT, MacCormick traz a noção de argumentação de segundo nível que resolveria o problema da inconsistência levantado por Wellman por considerar as consequências da decisão como um dos elementos que poderia definir a solução entre as hipóteses disputantes¹⁵⁸.

2.1.3 Interpretação, razoabilidade e técnica procedimental de solução de controvérsia. Diferença entre o raciocínio jurídico e o moral. As dúvidas possíveis entre as duas versões em disputa no processo. Os argumentos linguístico, teleológicos, sistêmicos e transcategoricos. A relevância do papel da razoabilidade. A derrotabilidade como decorrência da impossibilidade de se prever em relação a qualquer hipótese normativa todos os possíveis quadros fáticos que poderão ser regidos por ela.

University of Colorado Law Review, v. 57, p. 45-115, 1985, p. 71-74.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 70.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 76.

¹⁵⁸ Para MacCormick, o conceito da argumentação de segundo nível foi criado originalmente por R.A Wasserstrom, num brilhante estudo pioneiro (MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. 2nd. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 116).

Haverá, sempre, um elemento interpretativo no raciocínio jurídico, exatamente como no raciocínio moral¹⁵⁹. O elemento interpretativo do raciocínio jurídico, no entanto, não o torna idêntico ao moral. Em *Institutions of Law*, MacCormick aponta que o raciocínio jurídico tem como norte concepção de justiça moralmente defensável, que correspondem àquelas cujas imposições sejam justificáveis prática e moralmente. É evidente que, ainda que juízes sejam agentes morais, suas decisões precisam ser tomadas de acordo com o material institucional público legalmente criado, e não seguindo apenas seus parâmetros de moralidade. Assim, o fato de o raciocínio jurídico encerrar elemento interpretativo não autoriza a sua equiparação com o raciocínio moral.

Nos processos existirão duas ou mais versões conflitantes e é necessário decidir qual prevalecerá¹⁶⁰. As dúvidas podem envolver: a) qual o texto aplicável; b) qual a interpretação do texto aplicável; c) quais os fatos relevantes; d) qual a prova deles; e) qual prova deve prevalecer sobre as demais; f) qual o ônus das partes. Claramente, MacCormick preocupa-se mais com os problemas de interpretação, pelo espaço que dedica a eles. Seriam esses também os mais vistos na Justiça Eleitoral? O que pode ser considerado bom argumento para conclusões de interpretação? Há três deles reconhecidamente mais persuasivos, de acordo com MacCormick¹⁶¹: a) linguísticos; b) teleológicos; e c) sistêmicos. Ressalte-se que os três compõem no Brasil cânones interpretativos, os quais, embora pouco valorizados na doutrina “continuam sendo imprescindíveis pontos de referência na aplicação diária do Direito”¹⁶².

Existe ainda um quarto argumento interpretativo, chamado de transcategorico¹⁶³, assim denominado porque, apela para a intenção do legislador e, ao tentar identificá-la, utiliza-se de três estratégias: 1) imputa-lhe determinada intenção não extraível da linguagem; 2) tenta descobri-la por meio da linguagem; 3) aborda posição do legislador acerca dos fins e valores a serem realizados pela legislação.

O argumento linguístico foca no caráter contextual da linguagem. Cada termo é um termo em determinado contexto. Variando esse, muda-se aquele. Isso serve para palavras, frases, sentenças, textos à luz “do gênero de escrita ao qual pertencem e aos seus objetivos práticos”¹⁶⁴ (tradução nossa). A expressão “sentido ordinário” há de ser tomada como “ordinário naquele contexto específico”. Se o texto tiver caráter técnico, deve ser mais bem

¹⁵⁹ MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: An Essay in Legal*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 259.

¹⁶⁰ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 123.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 124.

¹⁶² KRELL, A. J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v. 19, p. 295–320, 2014, p. 295.

¹⁶³ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 125.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 126.

entendido no sentido técnico.

Passemos aos argumentos sistêmicos, os quais examinam a compreensão do texto legal considerando o contexto de ser parte de um ordenamento jurídico. MacCormick lista seis tipos deles: a) harmonização contextual: todo artigo há de ser lido diante de um texto maior por ele integrado e de outros textos a ele relacionados; b) argumentos a partir do precedente: se já há interpretação judicial fixada sobre o termo, ela deveria ser usada; c) argumentos a partir de analogias: se um texto é análogo ao outro, a interpretação desse deve ser adotada para aquele; d) argumento conceitual: se um conceito é utilizado no texto da lei, e tem um sentido reconhecido e elaborado doutrinariamente usado consistentemente, deve ser interpretado de forma a respeitar tal consistência; e) argumentos a partir de princípios gerais do Direito: a interpretação deve estar conforme ao princípio geral que eventualmente se aplique à matéria em discussão; f) argumentos a partir da história: o texto há de ser interpretado de acordo com a evolução histórica da sua compreensão¹⁶⁵.

O argumento sistêmico ganha força por conta do apelo à racionalidade. Ter coerência e inteligibilidade ajuda o sistema a ser racional. Seu uso envolve a imposição “de um princípio de racionalidade à realidade institucional do direito”¹⁶⁶ (tradução nossa). Quanto à coerência, não se pode olvidar que o sistema jurídico abarca uma multiplicidade de normas de variados tipos que interagem entre si e o conjunto delas expressa pluralidade de princípios e escolhas políticas. Elas devem ser manejadas de forma a que se tente fazer o todo ser compreendido como tal, e não como uma série de elementos isolados que não guardam relação entre eles. Já tratamos dela em tópico específico, o 2.1.2.2.

Se há sempre espaço para interpretação, como serão escolhidos os resultados dela? Chegamos aqui ao critério da razoabilidade. Essa possui propriedades descritivas e avaliativas. Para MacCormick, preponderam as últimas. Há um inerente aspecto subjetivo na definição do que seria razoável fazer em determinado caso. Pessoas razoáveis podem, numa questão complexa, discordar acerca de qual seria a resposta razoável¹⁶⁷. Evidente que a existência de várias respostas razoáveis não significa que não há irrazoáveis a serem descartadas. Diante dessa subjetividade, a questão só poderá ser resolvida por aspectos procedimentais: o voto majoritário ou a hierarquia entre os juízos. A combinação desses dois institutos - o voto majoritário nos tribunais – pode ser a única solução viável para lidar com opiniões conflitantes¹⁶⁸.

MacCormick reconhece a imensa importância que a razoabilidade exerce nos sistemas jurídicos. Razoabilidade, em diversos ramos do Direito, é um standard crucial. No ramo do Direito Penal, a prova precisa chegar ao standard além da dúvida razoável. No da litigância civil, a responsabilização não pode se estender para

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 130.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 132. Tradução livre de: “*It involves superimposing a principle of rationality on the institutional actuality of law*”.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 163.

¹⁶⁸ *Idem, ibidem*.

além das consequências de um ato que pudessem ser razoavelmente previstas. No Direito Público, a autoridades não se permite agir fora dos limites da razoabilidade no exercício de seus poderes. Esses são apenas alguns exemplos de uma tendência do ordenamento confiar no critério da razoabilidade para se chegar às decisões, ações e relações corretas. Como se entender, então, a razoabilidade? O professor escocês apresenta o seguinte resumo sobre o tema:

Pode-se resumir, e inevitavelmente simplificar em excesso, o corpo relevante de direito como se segue. Todo poder público de tomada de decisão, seja judicial, quase judicial, ou administrativa deve ser exercido razoavelmente, ou seja, com o devido respeito às considerações relevantes e sem nenhum respeito às considerações irrelevantes. O teste de relevância nesse caso é governado pelos termos nos quais e objetos para os quais o poder de decidir é garantido pela lei¹⁶⁹ (tradução nossa).

Irrazoável é a posição que numa decisão: a) ignora fatores relevantes; b) considera os irrelevantes; c) distorce a importância de cada fator. Esses fatores devem ser avaliados dentro das circunstâncias do caso. Assim, a escolha de quais são os fatores relevantes depende do contexto. Se o discurso jurídico é considerado uma espécie de discurso prático por MacCormick, a razoabilidade jurídica necessariamente seria vista como razoabilidade prática por ele, e não como capacidade abstrata de argumentação em assuntos teóricos¹⁷⁰. Será razoável aquele que é prudente, que considera os riscos previsíveis e não as probabilidades remotas ou excêntricas; e aquele cuja ação situa-se entre o fanatismo e a apatia e que considera tanto o conjunto probatório quanto perspectivas diversas. Quem atua razoavelmente leva em consideração as razões e valores conflitantes e decide consoante as razões mais cogentes e os valores mais importantes.

Devido à importância da razoabilidade na interpretação e concretização dos comandos normativos, entender sua aplicação é essencial na fundamentação jurídica. E se juízes, mesmo construindo fundamentações que possam ser consideradas razoáveis, discordarem? Como resolver o dilema? Justamente por haver mais de uma resposta razoável, não importa o quão difícil - ou problematizado, para usar a expressão de MacCormick - o caso seja, devem ser criadas saídas procedimentais para a deliberação. Essas podem consistir na instituição de órgão hierarquicamente superior para ofertar a solução (pensemos na relação entre juízes de primeiro grau e tribunais, por exemplo) ou na criação de regras de maioria em órgãos julgadores colegiados para fazer prevalecer uma das repostas.

Continuando no tema do funcionamento das cortes, voltamos ao tema da derrotabilidade (*defeasibility*), o qual torna ainda mais relevante a obediência a parâmetros da teoria da argumentação para que uma decisão possa ser considerada justificada. *RRL* tem como objetivo central “o exame dos tipos de argumentação e justificação que são persuasivas em vez de demonstrativas”¹⁷¹. Demonstrativas são as argumentações que conseguem apontar para uma

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 172. Tradução livre de: “*One can summarize, and inevitably oversimplify, the relevant body of law, as follows. Every public power of decision-making, whether judicial, quasi-judicial, or administrative must be exercised reasonably, that is, with proper regard to relevant considerations, and without any regard to irrelevant considerations. The test of relevance in this case is governed by the terms in which and the objects for which the power of decision-making is granted by law*”.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 166.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 237. Tradução livre de: “*The main subject of this book is the examination of kinds of argumentation and reasoning that are persuasive rather than demonstrative*”.

única solução como a correta. Não é o caso do Direito, em que se permite a existência de mais uma resposta razoável.

A derrotabilidade corresponde à possibilidade de uma pretensão lastreada na lei ser afastada por conta da consideração no julgamento de princípios e valores que contrariam regras expressas¹⁷². É praticamente impossível prever, em relação a qualquer hipótese normativa, todos os possíveis quadros fáticos que poderão ser regidos por ela. Os textos dos estatutos legais se relacionam com princípios e valores implícitos de um sistema¹⁷³. Não é necessário, portanto, prever expressamente que a viúva que matar o marido não poderá se aproveitar de sua herança diante do princípio de que ninguém poderá se beneficiar de sua própria torpeza. Se essa viúva pleitear seu quinhão hereditário, ainda que a norma reguladora das sucessões preveja expressamente que o cônjuge sobrevivente terá direito a parcela da herança, ela não o receberá. O pleito não será provido, graças à derrotabilidade implícita em relação a toda e qualquer postulação que possa ser feita. Como se vê, haverá, sempre, uma série de elementos não explícitos no que toca a todas as normas, justamente pela impossibilidade dessas abarcarem toda e qualquer hipótese em que deverão ou não ser aplicadas. Essa ideia de derrotabilidade por conta de princípios e valores não é nova. Aristóteles, na “Retórica”, já dizia que se a lei escrita coloca-se contra o nosso caso, é necessário recorrer à lei comum e à equidade como sendo mais justas¹⁷⁴.

Nos casos em que o próprio texto normativo prevê exceções à aplicação da norma, estaremos diante de derrotabilidade explícita. No exemplo dado, se o ordenamento previsse claramente que aquele que atentou contra a vida do outro será excluído do rol de herdeiros, a derrotabilidade seria explícita¹⁷⁵. O art. 1814, I, do Código Civil (CC) Brasileiro exclui da sucessão aquele que atentou contra a vida de seu cônjuge. Eis um exemplo derrotabilidade explícita.

Em suma, pode-se dizer que exceções à aplicação da norma surgirão sempre que eventos particulares trouxerem à tona algum princípio ou valor aptos a afastar a presumida suficiência das condições previstas em lei para a obtenção do direito¹⁷⁶. Já que cabe às cortes afastá-las, e não é possível prever com exatidão quando o farão, ao fim e ao cabo, a derrotabilidade – ou a possibilidade de derrota de uma pretensão – se expressará também na possibilidade das decisões judiciais frustrarem as partes. Os ônus delas serão diversos, vale dizer. Não é necessário, para quem alega ter o direito, provar a ausência de todas as exceções possíveis à sua outorga; de outro lado, à parte adversa caberá demonstrar que se faz presente uma exceção. No capítulo relativo às decisões do TSE, examinaremos a postura do tribunal quanto ao reconhecimento do cumprimento desses ônus, e por consequência, quanto à derrotabilidade.

¹⁷² *Ibidem*, p. 248.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 241.

¹⁷⁴ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011, p. 108.

¹⁷⁵ O art. 1814, I, do Código Civil Brasileiro exclui da sucessão aquele que atentou contra a vida de seu cônjuge. Aqui existe, portanto, derrotabilidade explícita.

¹⁷⁶ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 244.

2.2 Rol dos elementos que trazem racionalidade: consistência, coerência, consequencialismo, universalidade, silogismos, derrotabilidade, precedentes, razoabilidade, utilização de argumentos para solucionar problemas interpretativos e uso do voto majoritário.

Acima, foram expostos estruturas e conteúdos que para MacCormick devem se fazer presentes nas deliberações judiciais a fim de gerar racionalidade. Elenquemos, então, em tópicos, os elementos cuja presença torna a decisão racional, segundo MacCormick:

- 1) Consistência
- 2) Coerência
- 3) Análise das consequências normativas
- 4) Universalidade
- 5) Apresentação do raciocínio por meio de silogismos
- 6) Derrotabilidade ou *defeasibility*
- 7) Respeito aos precedentes
- 8) Utilização de argumentos linguísticos, teleológicos, sistêmicos, e transcategoricos para solucionar os problemas interpretativos.
- 9) Razoabilidade.
- 10) Uso do voto majoritário ou hierarquia entre juízos para se determinar a solução entre opiniões conflitantes.

Os itens podem ser organizados sob a seguinte classificação: a) tópicos de conteúdo da decisão: consistência, coerência, análise das consequências normativas, universalidade, derrotabilidade, respeito aos precedentes, razoabilidade, utilização de argumentos linguístico, teológicos, sistêmicos e transcategoricos, correspondentes aos números 1, 2, 3, 4, 6, , 8 e 9; b) tópico de estrutura lógica da decisão: apresentação do raciocínio por meio de silogismos, correspondente ao número 5; c) tópico de saída procedimental para o caso de restar, ao final, mais de uma proposição aplicável, correspondente ao número 10.

No capítulo relativo à análise das decisões do TSE retomaremos esse rol, o qual será utilizado para aferir a presença nelas da racionalidade. Passemos, agora, à teoria da argumentação de Robert Alexy.

3 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA COMO ATIVIDADE LINGUÍSTICA DE CORREÇÃO DOS ENUNCIADOS NORMATIVOS.

A principal obra de Robert Alexy sobre teoria da argumentação é sua tese de doutorado, defendida em 1976 e publicada em 1978¹⁷⁷ sob o nome “Teoria da Argumentação Jurídica - A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica”.

O livro tornou-se um clássico no debate acerca da argumentação jurídica e vem sendo complementado por artigos do autor sobre o tema. Nele, Alexy, partindo de teorias do discurso prático - como a de Austin, Perelman e Habermas -, cria uma teoria do discurso prático geral e afirma que o discurso jurídico constitui um caso especial dele. São três as razões dessa afirmação. A primeira é que tanto o discurso jurídico como o discurso prático geral estão preocupados com o que é obrigatório, proibido, ou permitido, ou seja, com questões práticas¹⁷⁸. A segunda é que ambos os discursos tratam essas questões sob o prisma da pretensão da correção¹⁷⁹. A terceira é o fato de a correção no discurso jurídico ser avaliada dentro da estrutura do sistema jurídico e tendo como base a ordem legal vigente. Assim, ambos os discursos pretendem estabelecer o que é correto. Porém, os critérios de correção do discurso jurídico divergem daqueles aplicados ao discurso prático. Afinal, àquele interessa não apenas o que é correto fazer, mas o que é correto fazer consideradas as balizas dadas pelo sistema jurídico, as quais dependem de fontes institucionalizadas. Nas palavras de Alexy, “o que é correto num sistema jurídico essencialmente depende do que em termos autoritativos e institucionais é fixado e o que se encaixa nisso”¹⁸⁰ (tradução nossa).

Há críticas quanto à tese do caso especial. Como ela se aplica não só às discussões acadêmicas mas também aos debates nas cortes, alguns autores sustentam – Alexy¹⁸¹ cita, nesse

¹⁷⁷ TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **O pensamento de Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 29.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374–384, dez. 1999, p. 375.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 205.

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374–384, dez. 1999, p. 375. Tradução livre de: “*What is correct in a legal system essentially depends on what is authoritatively or institutionally fixed and what fits into it*”.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 376.

ponto, Ulfrid Neumann¹⁸² e Arthur Kaufmann¹⁸³ - que as restrições procedimentais desses debates impediriam que os procedimentos nas cortes fossem compreendidos em termos de teoria do discurso. Alexy reconhece que há algumas características que poderiam, à primeira vista, tornar as discussões judiciais incompatíveis com a teoria do discurso: a distribuição assimétrica dos papéis nos procedimentos criminais, os prazos processuais, as motivações dos participantes que estão interessados em vitória, não em correção, por exemplo. Todavia, para Alexy, o que importa é o fato das partes sustentarem argumentos que elas afirmam ser corretos, ainda que o façam em vista a atingir seus interesses. Ao apresentarem seus argumentos ao julgador, contribuem para um julgamento imparcial¹⁸⁴. A corte, afinal, para decidir corretamente, necessita ouvir todos os lados. A correção da sua decisão está sujeita a controle, razão pela qual as cortes precisam justificar seus julgamentos tanto para as partes quanto para a comunidade jurídica. Esse quadro é suficiente para possibilitar que os procedimentos judiciais sejam analisados por meio da teoria do discurso.

Outra importante crítica é a de Habermas, para quem no discurso pressupõem-se condições de comunicação que impeçam qualquer espécie de coerção e que garantam a liberdade de escolha de tópicos e inclusão das razões de maneira igualitária e com participação simétrica¹⁸⁵. Para Habermas, a complexidade da dimensão da validade das normas legais impede que a legitimidade das decisões judiciais seja equiparada à validade dos julgamentos morais. Por isso, o discurso jurídico não deveria ser concebido como um caso especial do discurso moral¹⁸⁶. A tese do caso especial parece subordinar, para Habermas, o direito à moral, o que equivaleria a trazer à baila todos os problemas relativos à tese da existência do direito natural. Alexy responde à crítica afirmando que essa afirmação de Habermas é verdadeira, mas insuficiente a derrotar a tese do caso especial¹⁸⁷, já que nela o discurso jurídico é comparado ao discurso prático e não ao discurso moral como definido por Habermas. No discurso prático estão conectadas razões morais, éticas e pragmáticas. O que torna o discurso jurídico especial em relação a ele é que o discurso jurídico é vinculado exclusivamente às razões institucionais, tais como as leis e os precedentes.

Quais são os elementos essenciais na teoria da argumentação jurídica de Alexy? O autor define a argumentação jurídica como atividade linguística de correção dos enunciados normativos, em um sentido, todavia, a ser precisado¹⁸⁸. Como já dito, a atividade é considerada modalidade de discurso prático. Pretende Alexy desenvolver

¹⁸² NEUMAN, Ulfrid. **Juristische Argumentationslehre**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, p. 84 *apud* ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374–384, dez. 1999, p. 375.

¹⁸³ KAUFMANN, Arthur. **Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?** In *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens*. Ed. H. Jung and H. Müller-Dietz, 15–24. Cologne: Heymanns, 1989, *apud* ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374–384, dez. 1999, p. 375.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374–384, dez. 1999, p. 376.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jurgen. **Between Facts and Norms**. Tradução de W. Rehg. Cambridge: Polity, 1996, p. 230.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 233.

¹⁸⁷ ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374–384, dez. 1999, p. 378.

¹⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação**

atividade analítico-normativa do discurso jurídico o que significa que, de um lado, abordará a estrutura lógica dos argumentos possíveis e, de outro, estabelecerá critério para a racionalidade do discurso jurídico¹⁸⁹. Quanto à relação entre a argumentação prática geral e a jurídica Alexy adota a tese da integração, segundo a qual, “o uso de argumentos especificamente jurídicos deve unir-se, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais”¹⁹⁰.

Ocorre que a tese da integração não resolve todas as questões, já que deixa em aberto como se determinar a relação do controle de correção com a compatibilidade da solução com o sistema jurídico. É essa determinação que se tentará especificar na teoria da argumentação jurídica por Alexy apresentada.

Alexy destaca que, de certa forma, assume as intenções da tópica jurídica, usando a concepção dessa segundo a qual consistiria numa técnica de busca de premissas. Da tópica extrai a tese de que quem argumenta topicamente parte de enunciados “verossímeis, plausíveis, geralmente aceitos ou prováveis”¹⁹¹ e não de enunciados demonstrados como verdadeiros. Ocorre que a tópica, segundo o autor, falha ao não diferenciar adequadamente as premissas utilizadas nas fundamentações jurídicas e, em consequência, acaba desprezando a importância da lei, da dogmática e do precedente. Para Alexy, toda teoria da argumentação jurídica deve incluir teoria da dogmática jurídica e da valoração do precedente. Avisa o autor que na sua investigação buscará sanar essa falha da tópica, além de outra, a de não penetrar suficientemente na estrutura dos argumentos. Respeitará, de outro lado, as teses da tópica de que na ausência de fundamentação concludente não se deve considerar a decisão irracional e de que há relação estreita entre fundamentação racional e discussão racional¹⁹².

Ao longo de sua principal obra sobre a teoria da argumentação, Alexy, partindo de autores como Stevenson, Hare, Toulmin e Habermas, oferece uma teoria geral do discurso prático racional. No trecho final do livro, traça as linhas centrais da teoria do discurso jurídico racional.

A racionalidade do discurso, para Alexy, define-se por meio da observação de regras do discurso. Ao tratar do discurso geral, Alexy menciona que a tentativa de se fundamentar uma proposição normativa – a que avaliasse ou prescrevesse conduta – poderia levar a um regresso ao infinito ou a uma posição apenas psicologicamente explicável. A exigência de uma fundamentação de cada proposição por outra proposição pode ser substituída por “uma série de exigências na atividade de fundamentação”¹⁹³. Tais exigências podem ser formuladas como regras do discurso racional e referem-se tanto ao comportamento dos falantes quanto às proposições lógicas.

O cumprimento das regras de racionalidade não garante a certeza do resultado. Logo, racionalidade não se equipara à certeza, o que, para Alexy, é “a ideia fundamental do discurso prático racional”¹⁹⁴. Num discurso, coexistem ações interconectadas por meio das quais se comparam a verdade ou correção das proposições. No discurso prático, o foco está na correção de proposições normativas. Constitui o discurso jurídico caso especial do discurso prático geral “que ocorre sob condições limitadas, como a lei, a dogmática e o precedente”¹⁹⁵.

jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 30.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 31.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 34.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 36.

¹⁹² *Ibidem*, p. 38.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 174.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 175.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 274.

A teoria do discurso racional é normativa por buscar resolver o problema dos critérios para a racionalidade do curso. Ela se propõe a analisar como é possível a fundamentação das regras do discurso racional.

Alexy relembra que há quatro alternativas de regras de fundamentação do discurso. São elas: a) a fundamentação técnica, a qual prescreve o meio para determinado fim; b) a empírica, que visa mostrar que certas regras são realmente seguidas em medida suficiente, ou seja, que de fato regulam o discurso; c) a fundamentação definitória, de acordo com a qual o que importa é a exposição de um sistema de regras que “definem [que] uma práxis seja considerada a motivação da decisão de aceitá-las”¹⁹⁶; d) a fundamentação pragmático-universal, que busca mostrar que a validade de certas regras é condição de possibilidade da comunicação. Nenhuma delas serve quando tratamos do discurso prático geral.

3.1 Das regras do discurso prático geral. A não-contradição, a sinceridade, a universalidade e impossibilidade de falantes usarem a mesma expressão com significados diversos.

Sem pretender ser exaustivo¹⁹⁷ – Alexy afirma expressamente que a formulação explícita das regras tem como finalidade ressaltar os defeitos mais claramente - o autor elenca quatro regras fundamentais quanto ao discurso prático geral. A primeira delas é que nenhum falante pode se contradizer, o que é reflexo da aplicação de regras lógicas ao discurso. A segunda, que ele só pode afirmar aquilo em que acredita, regra existente para assegurar a sinceridade da discussão e que é constitutiva de toda comunicação¹⁹⁸. A terceira regra determina que todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes¹⁹⁹. Eis aqui o que para Alexy é o princípio da universalidade²⁰⁰. A última regra é a que impede diferentes falantes de usarem a mesma expressão com significados diversos. Clara a semelhança entre a terceira e quarta regras, já que ambas acabam por exigir coerência. A última exige ainda que haja uma comunidade utilizando a linguagem, e, evidentemente, consenso sobre o uso dela.

Em qualquer discurso prático busca-se justificar a asserção de enunciados normativos. Quem afirma algo pretende também que o afirmado seja fundamentável. Surge, aqui, a regra geral de fundamentação: “todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”²⁰¹. O fato de aquele que pretende fundamentar algo dever aceitar outro como parte da fundamentação, gera, para Alexy outra regra do discurso, a qual se refere à participação do outro: todo aquele que pode falar poderá tomar parte do discurso. Essa regra é subdividida em três: a) toda asserção pode ser problematizada

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 179.

¹⁹⁷ Alexy, em diversas partes de sua obra, aliás, afirma a existência de pontos da teoria que poderiam ser complementados. Isso, no entanto, em nada diminui a grandeza do trabalho.

¹⁹⁸ John Austin já dizia que os falantes devem se conduzir de acordo com seus sentimentos e pensamentos (AUSTIN, J. **How to do things with words**. London: Oxford University Press, 1962, p. 15).

¹⁹⁹ A regra assemelha-se ao princípio da inércia de Perelman (PERELMAN, Chäim; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005).

²⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 189.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 186.

pelos participantes; b) todos poderão introduzir qualquer asserção no discurso; c) todos poderão expressar suas opiniões, desejos e necessidades. Argumentações que não obedecerem a essas três regras são consideradas não-válidas. Logo, elas constituem, “junto às demais regras do discurso, critério hipotético-normativo para correção das proposições normativas”²⁰². Aliadas à regra geral de fundamentação, compõem as condições mais importantes para a racionalidade do discurso, motivo pela qual são denominadas de “regras de razão” por Alexy.

Das combinações das regras citadas surgem novas, denominadas de regras sobre a carga da argumentação. A regra de que qualquer falante pode problematizar qualquer afirmação aliada ao princípio da universalidade faz surgir a regra de que “quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente de uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo”²⁰³. Outra regra nascida dessa combinação é a de que sempre que uma proposição/norma seja tomada como verdadeira na comunidade dos falantes, aquele que atacá-la deve oferecer razões para isso.

Para se evitar que um falante se limite a exigir dos interlocutores razões com base na regra geral de fundamentação²⁰⁴, estipula-se uma nova regra: aquele que levantar um argumento está obrigado a dar novos em caso de contra-argumentos. Por fim, já que se permite que todos os participantes introduzam novas asserções, é crucial evitar o abuso da prerrogativa. Para tanto, estabelece-se que quem introduzir afirmação que não se apresente como argumento a uma manifestação anterior é obrigado, se lhe for pedido, a fundamentar porque a afirmação foi introduzida.

A seguir, resumo das regras do discurso, nas palavras de Alexy.

A) Regras fundamentais

A.1) “Nenhum falante pode contradizer-se”²⁰⁵.

A.2) “Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita”²⁰⁶.

A.3) “Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes”²⁰⁷.

A.4) “Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados”²⁰⁸.

B) Regras de razão

B.1) “Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”²⁰⁹.

B.2) “Quem pode falar, pode tomar parte do discurso”²¹⁰.

B.2) (a) “Todos podem problematizar qualquer asserção”²¹¹.

²⁰² *Ibidem*, p. 187.

²⁰³ *Ibidem*, p. 189.

²⁰⁴ Segundo a regra geral, todo falante, se lhe for pedido, deve fundamentar o que afirma, salvo se puder apresentar justificações para negar a fundamentação.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 183.

²⁰⁶ *Idem, ibidem*.

²⁰⁷ *Idem, ibidem*.

²⁰⁸ *Idem, ibidem*.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 186.

²¹⁰ *Idem, ibidem*.

B.2) (b) “Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso”²¹².

B.2) (c) “Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades”²¹³.

C) Regras sobre a carga da argumentação

C.1) “Quem pretende tratar uma pessoa *A* de maneira diferente da pessoa *B* está obrigado a fundamentá-lo”²¹⁴.

C.2) “Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso”²¹⁵.

C.3) “Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos”²¹⁶.

C.4) “Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, deve fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação”²¹⁷.

Alexy ao tratar do discurso prático geral enuncia formas de argumentos características dele. Vamos a elas.

3.2 Formas de argumento prático geral. As proposições normativas e suas semelhanças com as proposições empíricas. As duas formas de se fundamentar a proposição normativa: a validade das premissas e as consequências do cumprimento de imperativos.

Em “Teoria da Argumentação” define-se que o objeto do discurso prático são as proposições normativas singulares. Essas são definidas por Alexy, com base na teoria consensual da verdade de Habermas, como “ordens (mandamentos) e valorações que podem ser fundamentadas basicamente da mesma maneira que proposições empíricas”²¹⁸. A verdade dessas corresponde à correção das expressões (ou proposições) normativas.

Há duas formas de se fundamentar as proposições normativas. Numa, tomam-se como fundamento premissas pressupostas como válidas. Noutra, destacam-se as consequências do cumprimento de um imperativo, o qual implicará determinado valor ou regra de conduta. Nesse ponto, em nota de rodapé, Alexy faz referência à teoria de Hare sobre a linguagem da moral, de acordo com a qual juízos morais implicam imperativos. Hare introduz a distinção entre os elementos frásticos (“*phrastic*”) e nêusticos (“*neustic*”) da linguagem. Na frase “Abra a porta, por favor” ou “Abra a porta, sim”, o primeiro trecho, “abra a porta”, corresponde ao frástico; os termos “por favor” e “sim”, ao nêustico. Explica Hare que o termo *Phrastic* deriva “de uma palavra grega que significa apontar ou

²¹¹ *Ibidem*, p. 187.

²¹² *Idem, ibidem*.

²¹³ *Idem, ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 189.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 190.

²¹⁶ *Idem, ibidem*.

²¹⁷ *Idem, ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 105.

indicar²¹⁹; *neustic*, de uma que sinaliza assentimento (*to nod assent*). Esses tipos de termos são usados nos discursos indicativos ou imperativos. Proposições descritivas, lembra Alexy, jamais possuem imperativo nêustico. Assim, nenhum imperativo ou valoração – já que indicam imperativos, segundo Hare - pode ser deduzido de proposição meramente descritiva. Imperativo e valoração são o material que compõem as proposições normativas.

Voltemos às duas maneiras de se fundamentar. Aqueles que usam uma regra na sua fundamentação pressupõem que estão presentes as condições para sua aplicação. Estamos aqui diante do que autores como Pontes de Miranda denominariam suporte fático²²⁰. Para utilizar uma regra é preciso, portanto, afirmar um enunciado que descreve a presença dessas condições, que podem ser “as características de uma pessoa, de uma ação ou de um objeto, a existência de um determinado estado de coisa ou o que ocorrer após um determinado acontecimento”²²¹. Esse enunciado, na representação abaixo, surge como “T”. De outro lado, os que apresentam como razão uma asserção sobre consequências, pressupõem regra que determina que a produção dessas é obrigatória ou boa. Alexy denomina a proposição normativa de *N*; a regra, de *R*; a asserção sobre as consequências, de *F*. A representação gráfica desses argumentos, para Alexy, é a seguinte:



As duas regras são espécies da regra geral descrita por Alexy da seguinte maneira:



Na regra geral, G faz as vezes tanto de F quanto de T; “R.” é a regra que se aplica tanto em F quanto em T; e “N.” a proposição normativa geral.

Estabelecida a regra geral, Alexy passa a levantar hipóteses mais específicas quanto à justificação. Afirma, por exemplo, que sobre a verdade de T ou sobre o fato de F ser realmente consequência da ação em questão pode-se desenvolver discurso teórico. Quanto a R, sustenta que pode ser justificada descrevendo-se o estado de coisas que se dá quando R tem vigência ou apontando o quadro de coisas futuro a ser produzido se R for seguida. Acrescenta o autor, por exemplo, que: a) *R* será justificada no discurso se for apontado o “suporte fático”, o conjunto de coisas presentes para *R* ter vigência, ou caso a argumentação foque nas consequências, o estado de coisa futuro que se produzirá caso *R* seja seguida; b) na justificação das regras por meio das consequências da ação, é necessária regra de segundo nível dizendo que a razão indicada - a consequência - é uma razão para a asserção normativa; c) é possível exigir regra adicional de fundamentação segundo a qual a regra *R* só pode ser exigida sob determinada condição *T*.

²¹⁹ HARE, Richard M. **The Language of Morals**. Oxford: Oxford University Press, 1952, p. 18.

²²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte geral. Campinas-SP: Bookseller, 2000, p. 15.

²²¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 191.

Tanto “b” quanto “c” se enquadrariam no conceito de justificação de segundo nível.

Alexy alerta para o fato de que quando regras diferentes conduzem a resultados diferentes a partir das mesmas formas de fundamentação ou de formas diversas, é necessário estabelecer regras de prioridade de fundamentação²²².

3.3 Regras de prioridade de fundamentação, regras de fundamentação e limites do discurso prático geral. A estrutura regressiva e aditiva de argumentação. A generalizabilidade e as regras de transição entre os discursos.

Existem regras de prioridade que determinam que certas regras usadas na fundamentação de proposições normativas gozarão de preferência sobre outras em qualquer condição. Há outras regras de prioridade, porém, que determinam que a preferência de umas regras sobre outras somente ocorrerá em determinadas condições. Tais regras de prioridade, de seu turno, poderão ser justificadas segundo justificações de segundo nível: é necessário apontar regra adicional que diga que uma regra deve prevalecer sobre outra, ainda que somente em determinadas condições.

Alexy reconhece que dentro das formas de argumentação (que consideram premissas ou consequências) são possíveis muitas diferenciações ulteriores²²³ como, por exemplo uma variação que considerasse consequências negativas. Limita-se, porém, às até aqui expostas, por considerar que para a teoria do discurso racional por ele esboçada elas bastam.

As formas de argumento podem ser combinadas, criando estrutura de argumentos. Essa pode ser regressiva – se os diversos argumentos servem um de apoio para outro - ou aditiva, quando uma proposição é justificada por diversos argumentos independentes entre si. Nem todas as regras usadas na fundamentação podem ser justificadas “pois algumas devem ser sempre aceitas para que seja possível a ação da justificação”²²⁴. Toulmin, citado por Alexy, lembra que há premissas que são simplesmente verdades gerais²²⁵. Nota-se, já que Alexy está a descrever discurso racional prático, que exigir racionalidade não significa demandar justificativa de todas as regras, mas “apenas que toda regra possa ser objeto de justificação”²²⁶.

Vistas as formas de argumentos que são utilizadas no discurso prático – cujo uso aumenta a racionalidade, segundo Alexy -, passemos às regras de fundamentação.

As primeiras delas nascem de três variações da exigência de generalizabilidade, vindas, segundo Alexy²²⁷, de Hare, Habermas e Baier. De acordo com Alexy: a) Hare considera que generalizabilidade determina que quem afirma proposição normativa que pressupõe regra para a satisfação do interesse de outras pessoas deve aceitar as consequências dessa regra caso também se encontre na situação dessas pessoas; b) Habermas sustenta que as

²²² Pensemos aqui na eterna discussão acerca de qual cânone interpretativo tradicional deve prevalecer quando eles se contradisserem.

²²³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 194.

²²⁴ *Ibidem*, p. 194.

²²⁵ TOULMIN, S. **The Uses of Argument**. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 106.

²²⁶ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 194.

²²⁷ *Ibidem*, p. 196.

consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um devem ser aceitas por todos; c) Baier defende que toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral, o que significa que a generalizabilidade deriva da regra da razão relacionada à sinceridade regedora do discurso.

Outra regra de fundamentação consiste no que Alexy denomina argumento genético. Alexy assevera que o desenvolvimento dos sistemas morais de regras do discurso deve ser “reconstruído pelos participantes do discurso”²²⁸. Com isso, torna-se possível a crítica às regras que surgirem no processo de desenvolvimento e que determinarão o raciocínio prático. Desse quadro surge uma nova regra, segundo a qual as regras morais em que o falante baseia suas concepções morais precisam ter sua gênese histórico-crítica comprovada. A comprovação estará afastada em duas hipóteses: a) se, na origem, fosse possível justificar a regra, mas essa justificativa foi perdida posteriormente; b) se, na origem, não era possível justificar racionalmente a regra e é impossível apresentar novas razões que bastem à justificação. Essas regras morais também precisam ser completadas com prova da origem individual das convicções normativas. Por origem individual entendam-se as relacionadas às condições individuais próprias do participante do discurso. Alexy afirma que toda norma tem que passar “pela comprovação tanto de sua gênese social como individual”²²⁹.

Examinemos agora as regras de transição. Como nos discursos práticos surgem problemas que não podem ser resolvidos com os meios da argumentação prática, deve-se permitir utilizar outras formas do discurso. Surge, assim, a necessidade de se assegurar a transição por meio das seguintes regras: a) qualquer falante poderá passar a qualquer tempo a um discurso empírico; b) qualquer falante poderá a qualquer tempo passar a discurso de análise de linguagem; c) qualquer falante poderá passar a qualquer tempo a discurso de teoria do discurso.

Seguir todas as regras acima aumenta a probabilidade de se chegar a um acordo racional quanto a questões práticas, mas não garante a obtenção dele ou que o acordo obtido seja definitivo. Há, portanto, limites ao discurso prático geral, seja porque é impossível determinar todos os passos da argumentação, seja porque todo discurso precisa partir de concepções normativas historicamente dadas, e por isso, mutáveis. No discurso jurídico, por óbvio, é preciso alcançar soluções vinculantes e definitivas, caso contrário a lide não teria fim. Para alcançá-las é preciso ir além das amarras do discurso prático geral. Examinemos, a partir desse momento, a tese de Alexy sobre o discurso jurídico como caso especial do discurso prático.

3.4 Teoria da argumentação jurídica. A justificação interna e a externa. A universalidade no discurso prático geral e a justiça formal na argumentação jurídica. A expressão de estruturas de justificação e de argumentos por meio de símbolos lógicos.

Já se esclareceu acima que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Retomemos brevemente o argumento central: a pretensão de correção também é formulada no discurso jurídico, mas refere-se

²²⁸ *Ibidem*, p. 197.

²²⁹ *Ibidem*, p. 152.

somente às proposições que, dentro do ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas²³⁰. A questão a ser respondida agora é: o que torna uma argumentação jurídica racional? O que é, em outros termos, uma fundamentação racional de decisões jurídicas, as quais podem ser definidas como “uma decisão feita dentro da estrutura de um procedimento de um determinado tipo de sistema legal operando num contexto sócio, político e cultural de uma sociedade”²³¹?

Existem dois aspectos das fundamentações das decisões jurídicas: a justificação interna e a externa. Naquela, o que importa é se a decisão se segue logicamente às premissas que a antecederam (a análise passa a envolver, portanto, o silogismo jurídico). Nessa, se essas premissas são corretas.

Alexy exhibe por meio de símbolos lógicos a estrutura de justificação e de argumentos. Os símbolos usados são os seguintes:

\vee = e (conjunção)

\wedge = ou (disjunção)

\neg = não (negação)

\longleftrightarrow = se e somente se... então (bicondicional)

\longrightarrow = se... então... (condicional)

(x) = para todo x (quantificador universal)

O = é obrigatório que... (operador deôntico)

A forma mais simples de justificação interna ostenta a seguinte estrutura, para o autor:

(1) $(x) (Tx \longrightarrow ORx)$

(2) Ta

(3) ORa

Explicuemos a notação. X é o quantificador universal e representa uma classe de pessoas; T é a hipótese de incidência da norma (ou a suposição de fato da norma); “a”, um indivíduo específico; O é operador deôntico que indica obrigatoriedade de R, “o predicado que expressa o que tem que fazer o destinatário da norma”²³². Tomemos uma norma do Direito Eleitoral como exemplo: (1) Todo candidato deve, durante as campanhas eleitorais, divulgar em sítio eletrônico os recursos em dinheiro recebidos para financiamento de sua campanha eleitoral, em até 72 (setenta e duas) horas de seu recebimento. Eis o texto do art. 28, §4º da Lei 9.504/97. Na representação de Alexy, (x)

²³⁰ *Ibidem*, p. 211.

²³¹ WRÓBLEWSKI, J. Paradigms of justifying legal decisions. In: PECZENIK, A.; LINDAHL, L.; ROERMUND, B. V. (Eds.). *Theory of Legal Science*. Dordrecht: Springer Netherlands, 1984, p. 258.

²³² ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 214.

(Tx → ORx). (2) “a” é um candidato que recebeu recurso em dinheiro para financiamento de sua campanha. Logo, “a” deverá divulgar em sítio eletrônico o recebimento de tais recursos (ORa).

O princípio da universalidade no discurso prático geral ganha a forma de princípio da justiça formal na argumentação jurídica. A forma de justificação acima retratada respeita tal princípio, segundo o qual todos os seres da mesma categoria devem ser tratados igualmente. Como maneira de concreção do princípio da universalidade, Alexy propõe mais duas regras de justificação interna: a) ao menos uma norma universal deve ser apresentada para a fundamentação da decisão jurídica; b) tal decisão há de seguir-se logicamente a ao menos uma norma universal.

Note-se que essa estrutura se refere à estrutura formal da fundamentação jurídica, tendo como ponto central a universalidade. O modelo de justificação exibido, chamado por Alexy de regras e formas da justiça formal²³³, não é suficiente nos casos mais complicados, como aqueles em que a norma prevê diversas alternativas como hipótese fática.

Também são considerados complexos os casos em que a norma oferece expressões que admitem variadas interpretações; exige complemento por outra norma; e quando são possíveis diversas consequências jurídicas. No exemplo dado por Alexy, expõe-se o registro da fundamentação num caso em que “A” mata sua mulher enquanto ela dormia sem haver qualquer justificativa para o ato ou circunstância que exclua a ilicitude ou diminua a reprovabilidade – e, por consequência, a culpabilidade – do ato. Ao juiz do caso caberá decidir a aplicação de norma do Código Penal (CP) alemão segundo a qual o assassino será castigado com a pena de prisão perpétua. A hipótese fática – o ato de matar que levaria à prisão perpétua – é definida por nove características alternativas. Algumas delas exigem novas normas com conceitos explicativos, como por exemplo a de “matar um homem com traição”. Tal conceito, que funciona como restrição do alcance de outros, apresentará na notação a forma de uma bicondicionante (se e somente se). Assevera Alexy que, no caso, haveria mais duas explicações: a) uma definindo que mata por traição quem se aproveita da boa-fé e do caráter indefeso da vítima; b) outra determinando que a traição só ocorrerá se o autor matar alguém que não espera ser atacado e tem reduzida possibilidade de se defender.

A partir dessas premissas, torna-se claro que alguém que matou uma pessoa dormindo sem que existissem circunstâncias especiais como providências de segurança da vítima, deve ser visto como alguém que matou com traição. Na notação lógica, portanto, não bastarão as três etapas utilizadas na justificação mais simples citadas acima. Será preciso exibir que existem nove alternativas de hipóteses fáticas, o que exige o uso de um bicondicional (somente na presença de uma delas o predicado T se faria presente); que uma delas se refere à morte com traição, o que exigiria outra bicondicional, dessa vez tratando da traição; que só haverá traição se o matador aproveitar-se da boa-fé e do caráter indefeso da vítima, o que também trará a necessidade de outra bicondicional; que o aproveitar-se da boa-fé e do caráter indefeso somente se fará presente se a vítima não espera ser atacada e tem reduzida possibilidade de se defender; que alguém que mata uma vítima “a” dormindo e na ausência de circunstâncias especiais como medidas de segurança da vítima, deve ser considerado como alguém que matou outrem que não esperava ser atacado e que tinha reduzida possibilidade de defesa. Finalmente, chega-se à conclusão que, no caso concreto do assassino “a”, deve-se castigá-lo com a pena de prisão perpétua. Teríamos o seguinte:

- 1) (x) Tx → ORx (praticar a conduta T levará à prisão perpétua).

²³³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 220.

- 2) $(x) M_1x \vee M_2x \vee M_3x \dots M_9x \iff Tx$ (a conduta T somente se concretizará na presença de uma das hipóteses fáticas M_1 a M_9).
- 3) $(x) M_1x \vee M_2x \vee M_3x \dots M_9x \iff ORx$ (se presentes uma das hipóteses fáticas M_1 a M_9 , deverá ser imposta prisão perpétua ao assassino).
- 4) $(x) (M_5x \iff ORx)$ (a hipótese M_5 é a de que matar um homem com traição gera prisão perpétua).
- 5) $(x) (C_1x \iff M_5x)$ (haverá traição somente se o matador aproveitar-se da boa-fé e do caráter indefeso da vítima).
- 6) $(x) (C_2x \iff C_1x)$ (o aproveitar-se da boa-fé e do caráter indefeso somente se fará presente se a vítima não espera ser atacada e tem reduzida possibilidade de se defender)
- 7) $(x) (Sx \iff Gx)$ (aquele que matar alguém que não espera ser atacado e tem reduzida possibilidade de se defender terá matado com traição).
- 8) Sa (a autor do crime no caso concreto).
- 9) ORa (ao autor do crime no caso concreto deve-se impor a pena de prisão perpétua).

Veja-se que existem premissas que funcionam como regras para uso das expressões usadas nas etapas da fundamentação (2, 5, 6, e 7), denominadas por Alexy de “regras para uso das palavras”. Podem ter duas formas, uma fraca uma forte. Nessa, uma expressão bicondicional necessariamente será utilizada: $(x) Fx \iff Gx$ (se e somente se G estiver presente, haverá F). Naquela, utiliza-se um só condicional: $(x) Fx \implies Gx$ (Se F estiver presente, haverá G). A forma padrão na argumentação jurídica é definida como “fraca”, já que poucos são os conceitos com um sentido absolutamente unívoco. \iff

É preciso tornar claro que o indivíduo no caso concreto, ou a situação no caso concreto, enquadra-se na norma geral. Na linguagem de Alexy, que “a” seja um “T”. Por isso é crucial não só apresentar as regras padrão para a utilização da hipótese normativa T, como para o uso das palavras. Negar-se a fazê-lo é permitir que indivíduos em situações absolutamente iguais recebam tratamento diverso, com um sofrendo a incidência de T e outro dela escapando. Quanto às ações de cassação de mandato, tem tratado o TSE diferentemente os indivíduos por eles julgados, como se mostrará. Ao fazê-lo, agride o princípio da universalidade, e, portanto, da justiça formal. Para impedir – ou, ao menos, dificultar - que isso ocorra, Alexy propõe uma nova regra: “Sempre que houver dúvidas sobre se A é um T ou M_1 , deve-se apresentar uma regra que decida a questão”²³⁴.

Note-se que há no desenvolvimento das premissas um progressivo caminhar na direção de normas de maior grau de concretude. O raciocínio só se conclui quando se demonstra que a situação concreta corresponde à previsão normativa. Quantas são as etapas necessária para o desenvolvimento da argumentação? Quantas forem as necessárias que “permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível”²³⁵. Alexy recomenda ainda, em relação a esse ponto, que se articule a maior quantidade possível de desenvolvimentos, para que se combinem as etapas que esclarecem o conteúdo normativo e as que esclarecem o caso em concreto.

Como se viu, na fundamentação jurídica não se usam somente premissas jurídicas. Há premissas nos casos mais complicados (como o de aplicação da lei penal para um homicida no exemplo dado) que não são dedutíveis

²³⁴ *Ibidem*, p. 218.

²³⁵ *Ibidem*, p. 220.

diretamente do direito positivo. É possível dizer que a premissa de que alguém dormindo constitui-se em vítima de um homicídio com traição nasce do Direito? Claro que não. A grande vantagem da exigência de dedução é tornar essas premissas “não-jurídicas” explícitas, como elemento constituinte da parte criativa da aplicação do Direito.

Esse aspecto de explicitação das premissas não jurídicas, ou de “declaração” delas, é o que há de mais importante da justificação interna. Como diz Alexy, “pressupostos que de outra maneira ficariam escondidos, devem ser formulados explicitamente”²³⁶. Não está ele a dizer que a justificação interna replica o modelo deliberativo de fato efetuado pelos órgãos judiciais. Aqui, Alexy menciona que há de se fazer a distinção entre o procedimento da descoberta e o procedimento da justificação. Ensina Wasserstrom²³⁷, citado por Alexy, que o procedimento por meio do qual a conclusão é alcançada é o procedimento de descoberta e que aquele por meio do qual ela é justificada é o procedimento de justificação²³⁸. Existe entre os dois uma relação assimétrica; o procedimento de justificação provê mecanismos de avaliação para o resultado do procedimento de descoberta, mas o contrário não pode ser afirmado. A separação entre os dois procedimentos serve muito mais a funções didática-analíticas do que a revelar a ontologia deles. Há de se reconhecer que não é possível afirmar que um procedimento se sucede ao outro, ainda que num primeiro momento uma conclusão seja obtida sem que fundamentação profunda tenha sido gerada. Parece-me, como aponta o mesmo Wasserstrom, que dificilmente alguém apresentaria uma conclusão sem que a tenha submetido a alguma lógica de justificação. Eis aqui o que se convencionou chamar de comportamento racional²³⁹. Parece claro que as exigências do processo de justificação acabam por repercutir no processo de descobrimento, como posto por Alexy²⁴⁰.

Ressalte-se, por fim, que na formulação lógica acima relativa à justificação interna não se menciona nada no que tange à correção das premissas, a qual é objeto da justificação externa. É o próprio Alexy que afirma que sobre essa deve ficar situado o peso maior de cada teoria da argumentação jurídica²⁴¹. Disso, porém, não se extrai a conclusão de que a interna é pouco importante, já que ela que determina o objeto justificação externa. Relembre-se que o fato da justificação interna explicitar pressupostos que sem ela ficariam escondidos cria a falseabilidade, aumentando a chance de equívocos serem detectados. Por exigir a apresentação das regras universais, a justificação interna colabora para a segurança jurídica e o cumprimento da regra de justiça formal. Há, portanto, aumento da racionalidade, ao menos no que tange às premissas. A correção dessa será tratada pela justificação externa, tema que passamos a abordar.

²³⁶ *Ibidem*, p. 221.

²³⁷ WASSERSTROM, R. A. **The judicial decision - Toward a Theory of Legal Justification**. Stanford, CA: Stanford University Press, 1961, p. 27.

²³⁸ Quando um procedimento de descoberta ou de justificação é utilizada sistematicamente, surgem as lógicas de descoberta ou de justificação (WASSERSTROM, R.A. *Op. cit.*, p. 27)

²³⁹ WASSERSTROM, R. A. **The judicial decision - Toward a Theory of Legal Justification**. Stanford, CA: Stanford University Press, 1961, p. 27.

²⁴⁰ *Op. cit.*, p. 221.

²⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 20.

3.4.1 A justificação externa e a fundamentação das premissas usadas na interna. A argumentação jurídica. A estrutura lógica para os cânones da argumentação. A argumentação semântica, sistemática e teleológica. Os cânones interpretativos e a saturação. As formas de argumento histórica e comparativa.

A justificação externa tem como objeto a fundamentação das premissas usadas na interna. Essas premissas podem ser de três espécies: a) regras de direito positivo; b) enunciados empíricos; c) premissas que não se enquadram em nenhuma dessas duas categorias. A cada tipo de premissa corresponde uma categoria de fundamentação. Para as regras de direito positivo, a fundamentação corresponde à demonstração de sua validade diante do ordenamento jurídico. Aos enunciados empíricos, aplica-se “uma escala completa de formas de proceder, que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras de ônus da prova no processo”²⁴². Para a terceira categoria de premissas, aplica-se o que Alexy denominou de “argumentação jurídica”. Passemos a ela. Doravante, o termo justificação externa se referirá à justificação dessas premissas.

Há seis grupos de regras e formas de justificação externa. Ressalte-se que ao expô-las, Alexy aponta várias lacunas em sua teoria. Essas lacunas não atrapalham a compreensão da teoria e serão destacadas ao longo do texto. O que a teoria do discurso busca é indicar regras e formas “cujo cumprimento ou utilização faz com que aumente a probabilidade de que numa discussão se chegue a uma discussão correta, isto é, racional²⁴³”. Vamos àquelas que se referem à justificação externa.

Eis os grupos de regras e formas de argumentação: 1) de interpretação; 2) de dogmática ou de ciência do Direito; 3) do uso dos precedentes; 4) da argumentação prática geral; 5) da argumentação empírica; 6) das formas especiais de argumentos jurídicos. Ao designar esses grupos, Alexy usa, respectivamente, os termos lei, ciência do Direito, precedente, razão, empiria e formas especiais de argumentos jurídicos.

Ao tratar da argumentação empírica o autor exhibe uma lacuna na teoria ao dizer que tal argumentação “em si mesma não pode ser examinada aqui detalhadamente”. Decide, apesar disso, apontar sua relevância, consistente no fato de que quase toda argumentação jurídica – assim como quase toda argumentação prática geral – contém enunciados empíricos os quais tratam de um sem-número de temas, como ações concretas, motivos, fatos singulares, estado de coisas, temas das ciências naturais ou sociais, etc. É clara a necessidade de interdisciplinaridade, portanto, na argumentação jurídica. Ademais, são absolutamente frequentes as disputas jurídicas em que há acordo sobre o enunciado normativo, mas divergência sobre o fato. Não à toa o CPC e CP brasileiro estabelecem regras de ônus de prova.

A passagem de discurso teórico para empírico na argumentação jurídica nada mais é que reflexo da regra de transição do discurso prático geral, segundo a qual qualquer falante poderá passar a qualquer tempo a um discurso empírico (ou teórico). Isso não significa, evidentemente, que é possível reduzir-se o discurso jurídico ao empírico. Afinal, conforme já mencionado acima, a pretensão de correção daquele envolve a limitação posta pelo ordenamento, a qual alcança também os argumentos no discurso jurídico utilizados. Não se argumenta juridicamente

²⁴² *Ibidem*, p. 222.

²⁴³ *Ibidem*, p. 238.

portanto, dentro desses limites, sem fazer uso de proposições jurídicas, ainda que complementadas por enunciados empíricos.

Examinemos a formas de argumento de interpretação. Desnecessário dizer que não há consenso sobre quais são os cânones de interpretação ou a hierarquia entre eles. Para Alexy, é desnecessário realizar análise completa dos cânones interpretativos. Como servem para esclarecer as formas de argumentação interpretativas do discurso jurídico, considera-se suficiente “destacar algumas características típicas de algumas formas”, quais sejam: as “da interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica”²⁴⁴.

A estrutura lógica para todo cânone de interpretação é a seguinte:

- (1) $(Tx \longrightarrow ORx) (R)$
- (2) $(Mx \longrightarrow Tx) (W)$
- (3) Ma
- (4) ORa

Recordemos que x é o quantificador universal; R , a regra a ser aplicada diante da hipótese fática T ; O corresponde a sinal de obrigatoriedade. Na notação mostra-se que W é regra de uso de linguagem que faz M equivaler a T no tocante a X . Assim, numa situação particular “ a ” que pode gerar a aplicação da interpretação M , R incidirá. Nascerá, assim a regra concreta R' , oriunda da regra de uso de palavras W . R' também pode ser designada como “Interpretação de R por meio de W ”.

Dada a notação geral, passemos às formas específicas, começando pelo argumento semântico de interpretação. Deixemos claro que elas não são regras, já que “não indicam o que se deve fazer ou o se deve alcançar condicional ou incondicionalmente”²⁴⁵.

O argumento semântico envolve a especificação de linguagem natural ou linguagem técnica, própria do Direito, para se afirmar possível, criticar ou justificar uma interpretação. São usados para mostrar que uma interpretação é admissível semanticamente. Para Alexy, o falante deve levantar uma regra semântica, cuja validade pode ser fundamentada por tantas “formas diferentes quantas diversas forem as invocações do falante à sua competência linguística, à investigação empírica e à referência à autoridade de dicionários”²⁴⁶. Essa regra pode levar a três formas de argumentos: a) uma interpretação R' deve ser aceita como interpretação do texto normativo R , com base nessa regra; b) R' não pode ser aceita como interpretação de R com base nessa regra; c) é possível aceitar ou não R' como interpretação de R , por não haver regra semântica que resolva a questão. No caso das alternativas “ a ” e “ b ” a questão está resolvida. E quando “ c ” estiver presente, o que fazer? É necessário, então, apelar a uma determinação, nos termos dos outros tipos de argumentos abaixo especificados, como o genético.

Haverá um argumento genético quando a interpretação é justificada segundo a vontade do legislador. São duas as modalidades dele. Numa se diz que determinada interpretação é oriunda diretamente da vontade do

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 226.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 235.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 226

legislador. Noutra afirma-se que, como o legislador buscou determinado objetivo, e somente tal interpretação serve a alcançá-lo, ela é a que deve ser buscada.

Se as formas de interpretação semântica tratam de enunciados sobre a validade das regras semânticas, as de interpretação genética abordam enunciados sobre a vontade do legislador. Caso se afirme simplesmente que determinada interpretação corresponde à vontade do legislador quanto ao conteúdo ou ao fim da norma, o argumento será, evidentemente, incompleto. Nesse caso, há de ser completado com outros enunciados, para que se alcance o que Alexy denomina de “saturação”. Extremamente difícil a saturação das formas de argumento genético diante da quase impossibilidade de se determinar com precisão o conteúdo da vontade do legislador. O que deve se enquadrar no conceito dela? A vontade do grupo? E se ele não for unânime? A vontade da maioria? E se mesmo entre a maioria houver divergência?

Um último ponto sobre os argumentos semântico e genético: ambos buscam demonstrar algum fato, seja o uso da linguagem, quanto ao primeiro, seja a vontade ou objetivo do legislador, quanto ao segundo. Constituem, portanto, casos especiais da argumentação empírica.

Vamos às outras formas de argumentos. Nos históricos, fatos relacionados ao passado do problema jurídico em discussão são usados a favor ou contra a adoção de uma interpretação. Imaginemos que se verificou que em algum momento já se deu uma solução para o problema em pauta e que essa solução gerou consequências desagradáveis. Considera-se, então, que para que essa consequência não ocorra, outra solução há de ser adotada. No argumento comparativo, o “termo de referência não é o estado de coisas jurídicas anteriores, mas o de outra sociedade”²⁴⁷. Note-se que em ambos se exige uma premissa normativa (qual a norma a ser aplicada) e uma ou mais empíricas (qual a consequência, quais as características da sociedade examinada, etc).

Passemos aos últimos dois tipos de argumentos: o sistemático e o teleológico. Ambos são relacionais. Para o primeiro, o que interessa é a relação lógica de uma norma com outras. A sua forma mais relevante é a que indica uma contradição entre essas e aquela. Se uma interpretação de uma norma contradiz outra que se reconhece como válida, deve-se abandonar tal interpretação.

Quanto ao argumento teleológico, consideram-se aqueles que não estão relacionados aos fins buscados pelo legislador, mas a fins racionais prescritos objetivamente pelo ordenamento jurídico vigente. A dificuldade evidente aqui é determinar como se chegar a esses fins. A resposta de Alexy é a que tais fins são aqueles que seriam estabelecidos por quem deve tomar decisões tendo em conta o ordenamento vigente e uma argumentação racional. Imaginar-se-ia, portanto, um sujeito hipotético. Os argumentos finalistas dos intérpretes são hipóteses sobre os fins que seriam estabelecidos por esse sujeito. Vê-se que os fins no argumento teleológico não são empíricos, mas caracterizados normativamente. Tais fins correspondem a um fato prescrito ou a um estado de coisas prescritos. Nessa última hipótese, são requeridas “normas do tipo geral ou princípios”²⁴⁸. A argumentação teleológica se tornará, assim, argumentação a partir de princípios. E aqui faz-se necessária concreção dos princípios a partir de novos enunciados normativos, já que a norma a ser fundamentada em geral não se segue diretamente dos princípios.

Para a argumentação teleológica a notação é a seguinte

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 230.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 234.

- 1) OZ (Z é obrigatório)
- 2) $\neg M \implies \neg Z$ (se não houver M, não haverá Z)
- 3) OM (M é obrigatório)

Veja-se que embora parta-se de princípios, é essencial apelar a argumentos empíricos para se aferir a veracidade da afirmação “2”. Afinal, não será somente a norma que me responderá quais os acontecimentos do mundo real surgirão na presença ou na ausência de M. Logo, o argumento teleológico abre espaço para a argumentação prática racional do tipo geral²⁴⁹.

Vistas as formas concretas de argumentos usadas nos cânones de interpretação, passemos agora a tratar de outros de seus aspectos. Iniciemos destacando que para Alexy, com exceção da interpretação semântica, as demais têm amplo campo de aplicabilidade em variados contextos. Entre eles está o conflito de normas, a restrição de aplicação delas e a fundamentação das que não podem ser deduzidas diretamente da lei. Num conflito de normas, pode-se afirmar que o legislador outorgou especial importância a determinada norma, por exemplo. Para se fazer uma interpretação restritiva, pode-se lançar mão de um argumento histórico, e assim por diante.

Como já afirmado anteriormente, os cânones não têm o status lógico de regra. Usando conceitos de Perelman, Alexy os considera esquemas de argumentos. São enunciados organizados em esquemas “a partir dos quais se segue logicamente um enunciado de forma determinada ou este enunciado pode ser fundamento de acordo com uma regra pressuposta”²⁵⁰. Esse esquema prefixado permite que os cânones sejam designados também como formas de argumentos. Como tal, caracterizam a estrutura do ordenamento jurídico. Fosse possível organizar todas as formas de argumentos possíveis no discurso jurídico teríamos ao final uma espécie de gramática da argumentação jurídica. Como as que estabelecem as regras da língua, ela nada diria sobre o que se deve afirmar por meio da linguagem construída de acordo com essa gramática, mas mostraria “como se deve proceder para se alcançar um resultado racional”²⁵¹.

Quanto aos cânones, para haver racionalidade, necessário o cumprimento do requisito da saturação, segundo o qual “o argumento de uma forma só é completo se contém todas as premissas pertencentes a esta forma”²⁵². Se essa saturação tem sido obtida nos julgamentos do TSE é um ponto a se descobrir nas análises das decisões feitas no último capítulo.

As várias formas de argumento possuem diferentes funções primordiais. As histórica e comparativa permitem trazer à discussão a experiência do passado e de outras sociedades; a semântica e genética buscam vincular os decisores à vontade do legislador e ao teor da legislação conforme o uso da língua; a sistemática visa afastar contradições e as teleológicas dão espaço à argumentação prática racional de tipo geral. Parece claro que as formas distintas podem gerar soluções diversas, afinal os critérios nela usados são diversos. Chegamos aqui à questão da hierarquia entre os cânones. Alexy esclarece que a teoria do discurso não pode resolver a questão, mas pode

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 236.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 237.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 235.

²⁵² *Ibidem*, p. 235.

colaborar com a solução com ela mostrando como e em que oportunidade devem ser usadas as formas de argumentos.

Quanto a essas formas de argumentos, estabelece-se como regra que deve prevalecer sobre as demais aqueles que expressam vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico, salvo se forem “apresentados motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos”²⁵³. Essa regra acaba por fazer com que a hierarquia seja um problema a ser resolvido por meio da argumentação prática geral. Aplicando-se a universalidade, chega-se à conclusão de que a determinação do peso feita pelos participantes em diversos contextos de interpretação devem valer não só para o caso discutido, mas para todos os casos iguais nos aspectos relevantes. Tal determinação de peso de argumentos deve ocorrer de acordo com regras de ponderação, o que é mais uma regra de discurso prático geral aplicado ao jurídico. Haverá um sopesamento cujo objetivo é definir qual dos argumentos, aplicando-se o que Alexy afirma sobre a colisão de princípios, “que abstratamente estão no mesmo nível tem maior peso no caso concreto”²⁵⁴. Fugiria do objeto da tese qualquer aprofundamento quanto ao tema da ponderação nesse momento.

Finalizemos o tópico ressaltando que os cânones são formas que a argumentação jurídica precisa utilizar se quiser cumprir a pretensão de correção nela afirmada, com uma substancial diferença para o discurso prático geral: referem-se também de maneira especial à vinculação à lei.

3.4.2 A argumentação dogmática. A dogmática como conjunto de enunciados relacionados à legislação e à jurisprudência. O conteúdo normativo da dogmática. A linguagem da dogmática, o uso dos enunciados da dogmática, a fundamentação desses enunciados e a função da dogmática. A função de estabilização, de progresso, de descarga, técnica, de controle e heurística da dogmática.

Antes de definir o que são argumentos dogmáticos, definamos a que corresponde a dogmática. Ao ver de Alexy, a dogmática jurídica guarda correspondência com o conjunto de enunciados relacionados à legislação e à jurisprudência, sem limitar-se à descrição da legislação ou à *ratio decidendi* das decisões judiciais. A dogmática possui conteúdo normativo, o que significa que é possível usar seus enunciados para decisão de questões que não seriam resolvidas somente com argumentos empíricos. Esses enunciados da dogmática compõem um todo coerente, por isso não se contradizem. Ademais, a coerência permite que se fundamentem relações de inferência que ocorrem entre eles. Finalmente, a dogmática apresenta enunciados que formam uma ciência do Direito que funciona de maneira institucional. Por isso, seus enunciados, diversamente dos enunciados práticos de tipo geral, têm alcance mais largo quanto ao tempo e ao objeto. Quanto àquele, conclusões de discussões jurídicas do passado podem ser retomadas, seja

²⁵³ *Ibidem*, p. 238.

²⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 95.

para serem mantidas, seja para serem rejeitadas. Quanto a esse, “os efeitos de uma solução são controláveis por meio das soluções de outras questões”²⁵⁵, ou seja, a solução dada a uma questão tem repercussão também no controle das soluções dada a outras.

Para uma teoria da dogmática jurídica, é preciso distinguir, segundo Alexy²⁵⁶, quatro tópicos: a) linguagem da dogmática; b) uso dos enunciados da dogmática; c) fundamentação desses enunciados; d) função da dogmática.

A linguagem da dogmática é composta pelos enunciados. Quais enunciados compõem a dogmática jurídica é pergunta que Alexy decide responder por meio de uma classificação “grosso modo” e de caráter provisório, que é a que basta para tratar da função dos argumentos dogmáticos no discurso jurídico. A primeira categoria é a de conceitos jurídicos genuínos, termo que Alexy²⁵⁷ toma emprestado de Radbruch. O conteúdo desses conceitos depende das normas jurídicas, como o de legítima defesa, eficácia de ato jurídico e ato administrativo. Não fossem as normas jurídicas, esses conceitos nada designariam. O conceito jurídico genuíno é, portanto, vazio se não houver conteúdo normativo e constitui um dos enunciados da dogmática.

Existem outros conceitos nas normas jurídicas que não os jurídicos genuínos. Pensemos na boa-fé, no abuso de poder, subtração, etc. São definições necessárias à verificação da hipótese fática, mas obviamente vão além de qualquer conteúdo normativo. Como diferenciar os que podem ser considerados dogmáticos ou não? Alexy propõe aqui um critério pragmático: é enunciado da dogmática aquele que é “estabelecido, aceito, ou ao menos discutido em uma ciência do Direito e que funcione institucionalmente”²⁵⁸. Tal critério pragmático também se aplica diante de enunciados que expressam normas não extraídas da lei, como uma posição jurisprudencial ou doutrinária.

Restam duas categorias de enunciados dogmáticos: as descrições e caracterizações de estados de coisas e a formulação de princípios. Aquelas servem para determinação de relações de prioridades entre estados de coisas e à aplicação de outras normas. Já esses são enunciados normativos dotados de alto grau de generalidade e que, ordinariamente, “não podem ser aplicados

²⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 244.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 248.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 245.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 246.

sem agregar premissas normativas adicionais e, muitas vezes, experimentam limitações por meio de outros princípios”²⁵⁹.

Voltando ao tema dos tópicos que compõem a teoria dogmática, adentremos no uso dos enunciados da dogmática. Quando a fundamentação se dá exclusivamente por meio deles, faz-se presente a chamada fundamentação dogmática pura; havendo adição de enunciados empíricos haverá a fundamentação dogmática impura. Nessa, portanto, são necessários argumentos práticos de tipo geral.

A utilização de argumentos dogmáticos pode ser feita tanto sem que haja fundamentação a eles relativa quanto com fundamentação com outros argumentos. Na primeira hipótese estamos diante do uso não justificado dos enunciados dogmáticos; na segunda, de uso justificado. O uso não justificado se dá quando o enunciado não é posto em dúvida, ou seja, não há problematização dele, para usar linguagem de MacCormick. Lembremos que se tudo de fato tiver que ser fundamentado, chegaríamos ao infinito. A ausência de problematização, portanto, não necessariamente vem acompanhada de postura acrítica, mas pode ser pressuposto para se chegar a alguma conclusão.

Já que tocamos no ponto de uso justificado e não justificado, observemos a fundamentação dos enunciados da dogmática. Esses não derivam exclusivamente de normas vigentes ou de enunciados empíricos. Isso porque possuem conteúdo que extrapola as primeiras e conteúdo normativo, o que ultrapassa os limites dos segundos. Para fundamentar enunciado dogmático pode-se usar outro enunciado do mesmo tipo, mas esse teria que também ser fundamentado, o que geraria um ciclo sem fim. Em algum ponto, são necessários novos argumentos e como os enunciados dogmáticos possuem enunciados normativos, esses outros “só podem ser argumentos práticos do tipo geral”²⁶⁰, constituídos por enunciados empíricos.

Tais enunciados são a base tanto da fundamentação – que surge com a demonstração de que um enunciado deriva de outros – quanto da comprovação, em que se busca mostrar que o enunciado derivado de outro pode ser aceito, seja isolada, seja conjuntamente, com outros enunciados. Ainda quanto à comprovação, os enunciados dogmáticos podem ser comprovados sistematicamente. Em sentido estrito, a comprovação sistemática refere-se à constatação de que o enunciado “em questão ajusta-se sem contradições à série de enunciados dogmáticos já aceitos,

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 248.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 249.

assim como às normas jurídicas vigentes”²⁶¹. O sentido amplo é um pouco mais complexo. Nele busca-se checar se enunciados dogmáticos podem justificar juízos ou enunciados normativos singulares considerando-se o teor de outros enunciados normativos a serem fundamentados por outros enunciados dogmáticos ou normas jurídicas. Aqui, em verdade, o critério de compatibilidade passa a abarcar também conclusões já tomadas na argumentação. Imaginemos que há dois enunciados dogmáticos que poderiam ser usados, E1 e E2. E1 presta-se a fundamentar o enunciado normativo N1; E2, por sua vez, fundamenta N2, sendo tanto N1 quanto N2 possíveis discursivamente. Ocorre que um enunciado dogmático já aceito levou a N3, que é incompatível com N2, mas não com N1. Não resta outra saída aos participantes do discurso, se quiserem manter N3, a não ser optar por deixar N2 de lado e abraçar N1.

Tragamos a hipótese para o caso concreto do Direito Eleitoral. N3 corresponde ao enunciado dogmático segundo o qual “a igualdade de chances e a liberdade do eleitor são os dois princípios regedores do Direito Eleitoral”. Na discussão sobre a existência ou não de compra de voto, temos dois enunciados N1 e N2, sendo N1 correspondente a “toda compra de voto deve ser punida com a perda de mandato” e N2 consistente em “a compra de apenas um voto, por ser insuficiente a alterar o resultado da eleição, não gera cassação de mandato”. Veja-se que N2 é incompatível com N3, logo deverá ceder espaço a N1. Esse raciocínio envolvendo incompatibilidades é próprio da argumentação prática geral, a qual, como se vê, acaba por constituir a base da argumentação dogmática.

Alexy resume a fundamentação e a comprovação dos enunciados dogmáticos a duas regras:

(J.10) Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, pelo menos, de um argumento prático de tipo geral.

(J.11) Todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo²⁶².

Partamos para o último tópico da teoria dogmática: as suas funções. Alexy afirma que é possível apontar ao menos seis delas: de estabilização, de progresso, de descarga, técnica, de controle e heurística. O papel estabilizador nasce do fato de que os enunciados dogmáticos permitem fixar e fazer reproduzíveis determinadas soluções a questões práticas, uma vez que a

²⁶¹ *Ibidem*, p. 250.

²⁶² *Ibidem*, p. 252.

dogmática opera institucionalmente. A função estabilizadora não impede que um enunciado dogmático que tenha sido uma vez aceito seja mantido por tempo ilimitado, mas afasta a possibilidade de ser abandonado sem nenhuma justificativa. As novas razões devem justificar não só a solução que se pretende implantar como o rompimento com a tradição. O ônus argumentativo é de quem propõe uma nova solução. O fato daquela solução já aceita poder ser utilizada sem necessidade de nova comprovação – já que a carga argumentativa recai sobre quem propõe a inovação – corresponde à função de descarga. Ela é indispensável aos trabalhos dos tribunais, por conta da escassez de tempo e, normalmente, de recursos humanos, mas também a qualquer discussão científico-jurídica, diante da impossibilidade prática de se rediscutir tudo.

A dogmática também tem função de progresso. Por ser institucional, amplia a discussão jurídica nas dimensões pessoal, temporal e objetiva, contribuindo com sua evolução. Tal ampliação também possibilita oferecer comprovações e diferenciar os enunciados dogmáticos em muito maior medida do que seria possível nas discussões não institucionalizadas, ou seja, daquelas que se desenvolvem pontualmente e com caráter subjetivo.

Exerce ainda a dogmática duas outras funções: a técnica e a de controle. Como a dogmática exige a abordagem analítica-conceitual do direito, oferece meios para dominá-lo e facilita o ensino e a aprendizagem da matéria jurídica. Ademais, a construção de conceitos básicos gerais e de formas de enunciados permite a apresentação simplificada e sistemática de normas jurídicas. Eis a função técnica. Quanto à de controle, recordemos que a dogmática exige para a comprovação e fundamentação de enunciados dois controles de consistência, a sistemática em sentido estrito e a sistemática em sentido amplo. Ao exigir a compatibilidade dos enunciados entre si e a compatibilidade prática-geral das decisões que são fundamentadas por diferentes enunciados dogmáticos, a dogmática aumenta o grau de respeito ao princípio da universalidade, e por consequência, à justiça formal.

Chegamos à última função da dogmática, a heurística. A heurística é forma pré-concebida de resolução de problemas. A dogmática oferta modelos de “soluções, distinções e pontos de vista que não apareceriam se se tivesse de começar sempre novamente”²⁶³. O sistema dogmático, por seu caráter institucional, sintetiza o estado de compreensão vigente no momento da resolução do problema e oferece, no mínimo, pontos de partida para a solução.

²⁶³ *Ibidem*, p. 257.

Para finalizar, lembremos que sempre que a dogmática é usada como instrumento para determinação do direito no campo da razão prática e da moral, a dogmática é racional. Isso não ocorrerá quando a dogmática for utilizada para disfarçar os reais motivos da decisão (a vontade de beneficiar uma parte em detrimento de outra, por exemplo) ou quando aplicada como modelo hipotético de decisão sem nenhuma consideração acerca dos fatos alegados pelos falantes. Conforme se verá no capítulo pertinente, em especial no julgamento da chapa Dilma-Temer, viu-se o uso deturpado da dogmática ignorando-se completamente argumentos trazidos pelo Relator originário.

Consoante dito no início, para Alexy o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Evidente, então, que o uso de argumentos dogmáticos é consentâneo com os princípios da teoria do discurso. Não só: é “um tipo de argumentação exigido por estar no contexto especial do discurso jurídico”²⁶⁴. Tal afirmação gera mais uma regra para o discurso jurídico: se são possíveis argumentos dogmáticos, eles devem ser utilizados.

3.4.3 Os precedentes. A justiça formal e os precedentes. Determinação da relevância das diferenças para uso do precedente. A carga da argumentação a quem pretende se afastar dos precedentes. A função de estabilização, progresso e descarga dos precedentes. O *distinguishing* e o *overruling*.

Exercem papel muito importante na argumentação jurídica os precedentes. Seu uso é fundamentado pelo princípio da universalidade, do qual decorre a concepção de justiça formal, que exige que os iguais sejam tratados igualmente. O ponto problemático aqui é estabelecer o que define tal igualdade, afinal, sempre haverá alguma diferença entre casos. O que importa, portanto, é determinar o a relevância das diferenças. Possível, ainda, que mesmo em casos em que não haja diferenças nas circunstâncias relevantes seja necessário decidir de maneira diversa, por conta de mudanças na valoração dessas circunstâncias. Nessa hipótese, aplicar apenas o princípio da universalidade impediria a nova decisão, o que poderia ofender a pretensão da correção. O que fazer, então? Deve-se relativizar o princípio de respeito aos precedentes possibilitando que ele seja afastado, mas exigindo-se a imposição de carga de argumentação a quem dele deseje se afastar. Aplicar-se-á, pois, o princípio da inércia de Perelman o qual demanda que para que a decisão apontada pelo precedente seja mudada devem ser apresentadas razões suficientes. Surge,

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 259.

então, uma das regras da argumentação relativa a precedentes descritas por Alexy: “Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”²⁶⁵.

As funções do uso dos precedentes são semelhantes às da utilização dos argumentos dogmáticos: estabilização, progresso e descarga, já definidas outrora. Por conta da função da estabilidade, o uso do precedente oferta grande contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança. Claro que não são os únicos objetivos, caso contrário não seria possível superar precedente nenhum. A razão da utilização dos precedentes deriva dos limites da argumentação prática geral. Consoante já dito, as regras do discurso não possibilitam que se chegue com precisão a um só resultado correto. Fosse permitido o preenchimento do espectro de soluções possíveis com respostas mutáveis e incompatíveis entre si, estaria desrespeitada a consistência e o princípio da universalidade. Os precedentes, portanto, e seus consequentes, como a imposição de carga de argumentação para quem quer afastá-lo, servem à limitação do discursivamente possível. Essa serventia origina mais uma das regras de Alexy: “quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo”²⁶⁶.

Findemos o tema dos precedentes mencionando as técnicas de *overruling* e *distinguishing* usadas para afastar precedentes. Alexy, mais uma vez citando a impossibilidade de se apresentar o quadro completo sobre essas técnicas, na “Teoria da Argumentação Jurídica” limita-se a ressaltar pontos relevantes delas. Para ele, usar um precedente significa aplicar a norma subjacente à decisão do precedente. O passo inicial, portanto, é descobrir a norma, o que se faz distinguindo-se *ratio decidendi* de *obiter dictum*. Esse último não tem força normativa. Em vez de ingressar nas teorias existentes para fazer distinção aprofundada de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, Alexy debruça-se exclusivamente sobre a possibilidade de aplicação do *distinguishing* e do *overruling*. Na primeira, limita-se o alcance da norma a ser considerada a partir do precedente, seja citando uma característica nele presente que não se faz presente no caso a ser decidido, seja trazendo à tona uma circunstância desse que não se viu no precedente. No *distinguishing*, o precedente continua a ser respeitado, portanto. No *overruling*, outra é a solução: reconhece-se que não há diferença relevante entre os casos, e se supera o precedente. Tanto uma quanto outra técnica são fundamentadas com argumentos práticos de tipo geral e todos os argumentos possíveis no discurso jurídico.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 262.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 262.

3.4.4 As formas de argumentos jurídicos especiais. O *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*.

As formas de argumentos jurídico especiais incluem a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*. Todas elas podem ser expressas como formas de inferência logicamente válidas, cujo uso torna possível a compreensão da forma lógica do argumento e esclarece o seu conteúdo não lógico. Começemos pelo *argumentum a contrario*. Eis a expressão lógica²⁶⁷:

- $$(1) \quad (x) OGx \longrightarrow Fx$$
- $$(2) \quad (x) (\neg Fx \longrightarrow \neg OGx)$$

Esclareçamos os termos. Como já afirmado, X é o quantificador universal e representa uma classe de pessoas. “O” é operador deôntico que indica obrigatoriedade de “G” para se chegar a F. Então temos, se é obrigatório haver G para haver F, então, se não houver F, não haverá G. Claro que é preciso que haja explicitação de outra premissa: a de que X é F e a de que G não pode gerar outras consequências além de F.

As formas de argumentos jurídicos especiais não geram tantos debates por conta das formas de inferência lógica de validade geral. Os pontos em debate estão na correção das premissas. E dentre as formas especiais de argumentação a mais debatida é a analogia. Expressa como inferência lógica válida, terá o seguinte formato²⁶⁸:

- $$.(1) (x) Fx \vee F \text{ sim } x \longrightarrow OGx$$
- $$.(2) (x) (Hx \longrightarrow F \text{ sim } x)$$
- $$.(3) (x) (Hx \longrightarrow OGx)$$

A leitura a ser feita é a seguinte: havendo “F” ou “F sim” (hipótese fática similar a “F”), obrigatoriamente “G”. “H” é similar a “F”, logo se “H” ocorrer, então é obrigatório “G”. O

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 264.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 265.

problema da aplicação da analogia, evidentemente, estará na demonstração da similitude prevista nas premissas 1 e 2, ou seja, entre “Fsim” e “F” e entre “H” e “F sim”.

Para se chegar a (x) ($Hx \longrightarrow OGx$) é preciso definir que fatos semelhantes juridicamente devem ter as mesmas consequências jurídicas e que a analogia é uma modalidade especial de aplicação do princípio da universalidade.

Por fim, tratemos da redução ao absurdo. Segundo esse argumento, determinada interpretação por meio de uma regra de uso das palavras leva a resultados não aceitos pelo ordenamento. Por essa razão, tal interpretação não é admissível. O resultado inaceitável pode ser referido como um estado Z que é tido como proibido, o que geraria a notação $O \neg Z$. Possível portanto, construir a notação lógica do argumento desta maneira:

- .(1) $O \neg Z$
- .(2) $R' \longrightarrow Z$
- .(3) $\neg R'$

Na primeira expressão temos que Z é proibido; na segunda, que a regra R tem como consequência Z; e na conclusão, que R é proibido. A regra leva a resultados não aceitos pelo ordenamento. Claro que as duas primeiras premissas precisam ser fundamentadas. É necessário mostrar que Z é de fato considerado proibido e que R' leva a Z.

Alexy considera suficiente o esboço que faz sobre as formas especiais de argumentação. O seu objetivo é mostrar que constituem casos especiais do discurso prático geral, seja porque constituem um esquema de inferência válido logicamente, seja porque são exigências do princípio da universalidade, seja porque consideram as consequências. Como todos eles, portanto, podem ser reduzidos às formas do discurso prático geral, sua utilização pode ser designada como racional. Ocorre que tais formas de argumento precisam ser saturadas – afinal, as premissas implícitas precisam sair da escuridão - e os enunciados inseridos na saturação fundamentados no discurso jurídico. Por tudo isso, para o uso das formas especiais de argumentos jurídicos Alexy propõe a seguinte regra: as formas de argumentos jurídicos especiais devem ser saturadas²⁶⁹.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 267.

3.5 Conclusão: o discurso jurídico, o discurso prático geral e a racionalidade. Racionalidade e fundamentação num discurso prático considerando os limites do discurso jurídico. A pretensão de correção e as regras e formas do discurso jurídico. Os 20 tópicos que resumem as estruturas e regras que aumentam a probabilidade de se chegar a uma decisão racional.

Findemos esse capítulo com breves comentários sobre a relação entre o discurso jurídico e o discurso prático geral. Esse, e aquele, como dito, não servem a indicar solução única para as questões em debate. Designam, em verdade, “regras e formas de argumentos cujo cumprimento ou utilização faz com que aumente a probabilidade de que numa discussão se chegue a uma conclusão correta, isto é, racional”²⁷⁰.

Ser racional é ser “fundamentável num discurso prático”²⁷¹. Logo, ser racional, em termos jurídicos, é ser fundamentável num discurso prático e considerando os limites próprios do discurso jurídico. Como assevera Alexy, a argumentação prática geral constitui o fundamento da argumentação jurídica. Isso porque enunciados dogmáticos ou fundamentação da aplicabilidade dos precedentes nem sempre poderão ser fundamentados em outros enunciados dogmáticos. A fim de “que sejam comprovados, assim como para a fundamentação da aplicabilidade dos precedentes, são necessários em última instância argumentos práticos de tipo geral”²⁷².

Isso não significa precedência absoluta dos argumentos do tipo geral sobre os jurídicos. A argumentação prática geral pode de fato ser necessária na fundamentação de premissas normativas exigidas para a saturação dos variados argumentos; para fundamentar *distinguishing* e *overruling*; para ofertar razões à escolha de diferentes formas de argumentos que conduzem a resultados diversos; na comprovação e fundamentação de enunciados dogmáticos; e na fundamentação dos enunciados que serão usados na justificação interna. Porém, as regras e formas do discurso jurídico “constituem um critério de correção para as decisões jurídicas”²⁷³. A pretensão de correção, inerente a qualquer discurso prático geral, só existirá, portanto, no discurso jurídico, se o falante se comprometer a usar as regras e formas do discurso jurídico.

Por fim, apesar da importância que se deu ao longo do texto à universalidade, à justiça formal, à inércia de Perelman, aos precedentes e à função estabilizadora da dogmática, a racionalidade da ciência do Direito não advém, para Alexy, da produção de segurança, mas do cumprimento da série de condições, critérios e regras que sua obra buscou evidenciar. A apresentação que o autor faz deles pode ser vista como uma “explicação do conceito de argumentação jurídica racional”²⁷⁴ consoante explicitado acima.

Resumamos agora, em 20 tópicos, as estruturas e regras que aumentam a probabilidade, segundo Alexy, de se chegar a uma decisão racional:

- 1) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 238.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 272.

²⁷² *Ibidem*, p. 269.

²⁷³ *Ibidem*, p. 277.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 276.

- justifiquem negar uma fundamentação²⁷⁵.
- 2) Todo aquele que pode falar poderá tomar parte do discurso. Essa regra é subdividida em três: a) toda asserção pode ser problematizada pelos participantes; b) todos poderão introduzir qualquer asserção no discurso; c) todos poderão expressar suas opiniões, desejos e necessidades. Argumentos que não obedecerem a essas três regras são consideradas não-válidos.
 - 3) O princípio da universalidade.
 - 4) “Nenhum falante pode contradizer-se”²⁷⁶. Em consequência, sempre que alguém aplicar um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a em todos os aspectos relevantes.
 - 5) “Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita”²⁷⁷.
 - 6) “Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados”²⁷⁸.
 - 7) “Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da pessoa B está obrigado a fundamentá-lo”²⁷⁹.
 - 8) “Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso”²⁸⁰.
 - 9) “Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos”²⁸¹.
 - 10) “Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação”²⁸².
 - 11) Deve-se respeitar a generalizibilidade, nas suas diversas manifestações.
 - 12) Regras morais devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica e de sua formação histórica individual.
 - 13) Para qualquer falante em qualquer momento pode-se passar a diferentes discursos.
 - 14) Universalidade como respeito à justiça formal e à necessidade de que ao menos uma norma universal seja apresentada na fundamentação da decisão jurídica, a qual dela se seguirá logicamente.
 - 15) Justificação interna, com uso do silogismo jurídico, e externa.
 - 16) Regras padrão para utilização da hipótese normativa e para o uso das palavras.
 - 17) Combinação no desenvolvimento da argumentação de etapas que esclareçam o conteúdo normativo com as que esclarecem o caso em concreto, com progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude e conclusão do raciocínio apenas quando se demonstra que a situação concreta corresponde à previsão normativa. São tantas etapas de desenvolvimento quantas forem as necessárias que “permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível”. Deve-se obedecer ao requisito da saturação, segundo a qual “o argumento de uma forma só é completo se contém todas as premissas

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 186.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 183.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 183.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 183.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 189.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 190.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 190.

²⁸² *Ibidem*, p. 190.

pertencentes a esta forma”.²⁸³

- 18) Utilização de premissas jurídica e não-jurídicas, com explicitação de todas elas.
- 19) Argumentação jurídica, com o uso de interpretação, dogmática, precedentes, argumentação prática geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos. Quanto à interpretação, devem se fazer presentes os cânones interpretativos da interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica. Quanto à dogmática, todo enunciado dogmático, se posto em dúvida, deve ser fundamentado por meio de ao menos um argumento prático de tipo geral. Ademais, “todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo”.²⁸⁴
- 20) As formas especiais de argumentos jurídicos, que são a analogia, o “*argumentum a contrario*”, o “*argumentum a fortiori*” e o “*argumentum ad absurdum*”.

Os tópicos podem ser agregados em categorias semelhantes às utilizadas para agrupar os requisitos de MacCormick. Há tópicos de conteúdo da decisão, correspondente aos itens 1, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 16, 19 e 20; tópico de estrutura lógica da decisão, o de número 15; tópicos de clareza, que são os de números 13, 17 e 18; e tópicos de regras de participação dos falantes, consistentes nos de números 2 e 5. No capítulo relativo à análise das decisões do TSE retomaremos esse rol.

Finda a exposição sobre os tópicos centrais das teorias de Alexy e MacCormick, passemos agora as ações eleitorais por meio das quais são feitos os pedidos de cassação de mandato julgados pelo TSE. Depois delas, entraremos no ponto focal desse trabalho: há racionalidade nas decisões do TSE que cassam mandatos? Manuel Atienza enquadra a teoria de argumentação jurídica de MacCormick – e de Alexy – no rol daquelas que “pretendem mostrar como as decisões jurídicas se justificam de fato e também (e ao mesmo tempo, pois segundo eles os dois planos em geral coincidem) como deveriam ser justificadas”²⁸⁵. Buscar-se-á nos próximos capítulos, a partir da análise de casos concretos, examinar se há racionalidade nas decisões, seguindo os nortes de Alexy e MacCormick, e, caso esses sejam desobedecidos se há outro tipo de modelo de racionalidade aplicado a elas.

²⁸³ *Ibidem*, p. 235.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 252.

²⁸⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da Argumentação Jurídica. Tradução de Maria Cristian Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 22.

4 AS AÇÕES ELEITORAIS GERADORAS DE CASSAÇÃO DE MANDATO

Há cinco ações na justiça eleitoral que têm como pedido a cassação do mandato daquele eleito que utilizou-se de ilícitos narrados na causa de pedir: a) AIME; b) AIJE, nas quais se combate o uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social; c) ação que tem como causa de pedir condutas em desacordo às normas regedoras de arrecadação e gastos; d) ação em que se apura a compra de votos ou captação ilícita de sufrágio; e) ação por conduta vedada a agentes públicos.

Crucial definir os contornos, para depois tratar da argumentação utilizada nas decisões nelas proferidas. Começemos pela única que é prevista na CF/88: a AIME.

4.1 Da ação de impugnação de mandato eletivo

Consoante o art. 14, § 10 da CF/88, o mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo decadencial de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. O mesmo artigo, no § 11, determina que a ação de impugnação de mandato deve tramitar em segredo de justiça, embora o julgamento seja público. Segundo o TSE²⁸⁶, o rito a ser aplicado na AIME é o descrito nos art. 3º a 16 da LC 64/90 para registro de candidaturas, observado subsidiariamente o CPC. A competência será fixada de acordo com o cargo em disputa. Nas eleições municipais, será competente o juiz eleitoral de primeiro grau. Nos mandatos obtidos nas eleições estaduais e federais, com exceção do de presidente, será competente para a AIME o TRE. Por fim, caberá ao TSE julgar AIMEs que discutem aspectos da eleição presidencial. São essas últimas que serão analisadas nesse trabalho.

²⁸⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 25433/PI**. Recurso. Especial. Recurso contra expedição de diploma. Reexame de prova. Inadmissibilidade. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Recurso especial a que se nega seguimento. 1. Recurso especial não se presta a reexame de prova. 2. Divergência jurisprudencial só se caracteriza com o cotejo analítico das teses dos acórdãos confrontados e com a demonstração de similitude fática entre os julgados mesmo período, a alegada doação de lotes urbanos de terras em troca de sufrágio. Necessidade de prova robusta. Relator: Min. Antonio Cesar Peluso, 13 de março de 2007, p. 139.

São partes legítimas para ocupar o polo ativo da ação as pessoas elencadas no art. 22 da LC 64/90: os candidatos, os partidos, as coligações e o Ministério Público (MP). No polo passivo figurarão quaisquer candidatos diplomados, e não apenas os mandatários, o que significa que o suplente poderá ser réu. Como a sanção a ser aplicada em AIJE é a perda de mandato, pessoas jurídicas, que não podem exercê-lo, não possuem legitimidade passiva. Destaque-se que haverá litisconsórcio necessário unitário entre os integrantes das chapas disputadas nas eleições majoritárias, as que disputam cargos no Executivo e no Senado. O prazo para pleitear sua formação é o mesmo da propositura da ação: 15 dias contados a partir da diplomação. Ante a aplicação supletiva e subsidiária do CPC²⁸⁷, é possível haver na AIME a assistência, a qual é usualmente exercida por partidos e coligações.

Passemos ao rito, estabelecido nos arts. 3º e seguintes da LC 64/90. Na inicial, o impugnante especificará os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado e poderá arrolar até seis testemunhas. São dados à defesa quatro dias para apresentar contestação, por meio da qual poderão juntar provas e requer produção de outras, inclusive as que se encontram em poder terceiros, com exceção das que constam em processos que tramitam em segredo de justiça.

Caso a matéria controversa não seja exclusivamente de direito, o juiz designará os quatro dias seguintes à apresentação da contestação para inquirir testemunhas. Nos cinco dias posteriores, serão realizadas as diligências faltantes, requeridas pelas partes ou determinadas de ofício pelo magistrado. Esse poderá até mesmo determinar que quem detiver documento necessário a formação da prova que o apresente. Findas as diligências, abre-se prazo comum de cinco dias para apresentação de alegações finais. Apresentadas essas, o juiz terá três dias para proferir sentença. Três dias também é o prazo para recorrer ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE) e para contrarrazoar. Os autos serão então remetidos a ao tribunal *ad quem*, sem que se faça qualquer juízo de admissibilidade na instância originária.

No TRE, serão distribuídos a um Relator que dará vista ao Procurador Regional Eleitoral – sempre um membro do Ministério Público Federal (MPF) - o qual, no papel de *custos legis*, irá se manifestar em dois dias. Os autos retornarão ao Relator, que os levará para julgamento sem a necessidade de publicação de pauta. Na própria sessão de julgamento publica-se o acórdão,

²⁸⁷ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 991.

iniciando-se o prazo de três dias para ofertar Recurso Especial (REsp) ao TSE. Iniciado o processo nos TREs, o procedimento será idêntico ao aplicado aos feitos que começam no primeiro grau. O recurso ao TSE, havendo condenação, será ordinário, o qual possibilita a revisão do conjunto probatório. Não havendo, o recurso a ser manejado é o especial, cuja devolutividade é bastante restrita, devendo o tribunal se abster de julgar matéria de fato, nos termos de sua Súmula 24²⁸⁸. O objeto (pedido) da AIME é a cassação do mandato. São três os fatos que poderão figurar na causa de pedir: abuso do poder econômico, a corrupção e a fraude. Começemos definindo a última.

4.1.1 O conceito de fraude na AIME no ordenamento eleitoral

Iniciemos a análise pela CF/88, promulgada em 05 de outubro de 1988. Por óbvio, a discussão dos constituintes sobre o conceito de fraude é anterior a tal data. Relembremos os documentos jurídicos que inauguraram o processo constituinte e sua tramitação.

Na mensagem 48, de 1985-CN²⁸⁹ (330/85, na origem), José Sarney, então presidente, propôs a deputados e senadores a convocação da assembleia constituinte. Nas palavras dele:

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional: É com a mais profunda confiança no discernimento e na vocação do povo brasileiro, para organizar-se pacificamente em regime de liberdade e justiça, que proponho a Vossas Excelências a convocação da Assembleia Nacional Constituinte.

Encaminha, então, Sarney a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 43/85, posteriormente transformada na Emenda Constitucional (EC) 26, de 27 de novembro de 1985²⁹⁰, que convoca a Assembleia Nacional Constituinte. Conforme seu art. 1º, “os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sem prejuízo de suas atribuições constitucionais, reunir-se-ão, unicamente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 31 de janeiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”. No art. 2º estabeleceu-se que o presidente do STF instalaria a Assembleia Nacional Constituinte e dirigiria a sessão de eleição do seu Presidente.

²⁸⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula 24**. Não cabe recurso especial para simples exame do conjunto fático-probatório. Relator: Min. José Dias Toffoli, 24 de julho de 2016.

²⁸⁹ BRASIL. **Mensagem 48 com a Proposta de Emenda Constitucional 43/85**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/emenda.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

²⁹⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional 26, de 27 de novembro de 1985**. Convoca a Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 10 jul. 2018.

Por sua vez, o art. 3º determinava que o Projeto de Constituição seria “promulgado no curso da Primeira Sessão Legislativa da 48ª Legislatura, depois de aprovado, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte”.

No projeto Afonso Arinos²⁹¹, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto 91.450²⁹², de 18 de julho de 1985 e que tinha Arinos como presidente, nada se mencionou sobre fraude e AIME.

A constituinte foi dividida em comissões e subcomissões. Delas, a que tratou da fraude como causadora de cassação de mandato foi a Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, componentes da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher²⁹³. Nas atas da comissão apontou-se o seguinte:

Este é o outro dispositivo que está combinado com o direito de recall. A qualquer tempo, no curso do mandato parlamentar, poderão ser oferecidas impugnações à Justiça Eleitoral com fundamento em abuso do poder econômico, corrupção e fraude, transgressões eleitorais essas puníveis com a perda do mandato

O Constituinte João Rezek apresentou emenda ao art. 14, parágrafo 17, contendo este texto²⁹⁴: “Até a véspera da posse poderão ser oferecidas impugnações à Justiça eleitoral, com fundamento em abuso de poder econômico, corrupção e fraude, transgressões essas puníveis com a perda de mandato”.

O enunciado final, após passar pelas comissões de redação e sistematização e a aprovação no Plenário, assim ficou: “§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

Não há, nos anais ou na CF/88 qualquer outra conceituação de fraude. Supriria essa omissão o Código Eleitoral (CE), publicado em 1965? Vejamos os dispositivos do Código que mencionam a fraude.

²⁹¹ BRASIL. Projeto Afonso Arinos. **Diário Oficial**, Brasília, 26 set. 1986. Disponível em:

<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

²⁹² BRASIL. **Decreto 91.450, de 18 de julho de 1985**. Institui a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 jul. 2018.

²⁹³ BRASIL. **Reunião de instalação da Subcomissão dos Direitos Políticos**, Brasília, Ata de reunião, 07 abr. 1987. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/ComESub.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 75.

Prevê o art. 71 que, quando houver denúncia fundamentada de fraude no alistamento de uma Zona ou Município, o TRE poderá determinar a realização de correição e, provada a fraude em proporção comprometedora, ordenará a revisão do eleitorado, obedecidas as instruções do TSE e as recomendações que subsidiariamente baixar com o cancelamento de ofício das inscrições correspondentes aos títulos que não forem apresentados à revisão. É faculdade do TRE realizar a correição quando receber denúncia fundamentada de fraude, a qual haverá de ser examinada por correição. Feita essa, e verificada a ocorrência de fraude em proporção comprometedora, a revisão do eleitorado será ordenada. Também determina o CE, no art. 222, que será anulável a votação, quando viciada de: a) falsidade; b) fraude; c) coação; d) uso de meios de que trata o art. 237, o qual se refere à interferência de poder econômico e o abuso do poder de autoridade na liberdade do voto; e) emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

Vê-se que o Código, além de referir-se à fraude no alistamento, pouco ajuda na definição do que seria fraude para fundamentar a AIME. Consideremos então o contexto histórico do país quando veio à luz a CF/88 e o conceito de fraude. Conceitos são, nos diz Koselleck²⁹⁵, “vocábulos nos quais se concentra uma multiplicidade de significados”. A palavra torna-se conceito se “a totalidade das circunstâncias político-sociais e empíricas nas quais e para as quais essa palavra é usada, se agrega a ela”²⁹⁶. Obviamente, tais circunstâncias, no Brasil de 1988, são bastante diversas das do século XXI. Basta dizer que havia no Brasil apenas 75.813.519 de eleitores e exclusivamente urnas que aceitavam votos de papel. Em outubro de 2018, estavam aptos a votar, de acordo com dados do TSE²⁹⁷, 147.295.744 pessoas, as quais escolheram seus candidatos por meio de urna eletrônica, passaram por recadastramento biométrico e para votar precisam utilizar leitores de impressões digitais. A preocupação, em 1988, era com fraudes relativas ao procedimento de votação, o que explica o fato do CE ter focado tanto no alistamento. Não por outro motivo o TSE, até a segunda década dos anos 2000, tinha uma visão extremamente limitada do conceito de fraude para a AIME. Segundo a jurisprudência do tribunal, o conceito consistia no ardil, no artifício, na estratégia enganosa, que induzia o eleitor a erro e voltada ao

²⁹⁵ KOSELLECK, Reinhardt. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/ PUC-Rio, 2006, p. 110.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 110.

²⁹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições 2018**: justiça eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>. Acesso em: 10 ago. 2019.

momento da apuração ou da obtenção do voto. Para ilustrar a posição do TSE, vejamos o seguinte julgado:

Ação de impugnação de mandato eletivo. Art. 14, § 10, da Constituição Federal. Decisão regional. Improcedência. Recurso ordinário. Fraude. Conceito relativo ao processo de votação. Precedentes da Casa. Abuso do poder econômico. Insuficiência. Provas. Exigência. Potencialidade. Influência. Pleito. Conforme iterativa jurisprudência da Casa, a fraude a ser apurada em ação de impugnação de mandato eletivo diz respeito ao processo de votação, nela não se inserindo eventual fraude na transferência de domicílio eleitoral. Agravo regimental a que se nega provimento²⁹⁸.

Nota-se que para o TSE não se incluíam nas fraudes atacáveis por AIME as relativas às condições de elegibilidade – elemento positivo do suporte fático do registro de candidatura que torna alguém apto a concorrer à eleição - como transferência de domicílio²⁹⁹. Tampouco era cabível a AIME para, a pretexto de fraude, arguir questões relativas às inelegibilidades³⁰⁰. Consistem as últimas nos elementos negativos do suporte fático do registro de candidatura, cuja ausência é necessária para esse se perfazer e gerar a eficácia de permitir a quem o obtém disputar a preferência do eleitorado.

A posição do TSE contrariava gritantemente a hermenêutica constitucional, pelo simples fato de ter ignorado, para usar termos de Koselleck, que as circunstâncias político-sociais e empíricas que iluminavam o conceito em 1988 mudaram rápida e profundamente. Leciona Koselleck que a história dos conceitos começou como crítica à “tradução descontextualizada de expressões cronologicamente relacionadas ao campo semântico constitucional”³⁰¹. Aplicando a lição ao conceito de fraude, parece claríssimo que o TSE ignorou que o contexto histórico de 1988 em que nascida a AIME tinha pouco em comum com o dos anos seguintes. Se havia sentido em imaginar o tipo de fraude destacada no acordão quando se usavam cédulas de votação de papel, não se pode dizer o mesmo após a implantação da votação eletrônica, a qual tornou quase

²⁹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 896**. A fraude apurada em ação de impugnação de mandato eletivo diz respeito somente ao processo de votação. Relator: Min. Caputo Bastos, 02 de dezembro de 2006.

²⁹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário 888**. Não se apuram em AIME fraudes relativas à transferência de domicílio. Relator: Min. Caputo Bastos, 25 de novembro de 2005.

³⁰⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 160.421**. Em AIME, não se discutem questões relativas às inelegibilidades. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 03 de fevereiro de 2012.

³⁰¹ KOSELLECK, Reinhardt. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/ PUC-Rio, 2006, p. 104.

impossível a fraude nos termos delineados pela jurisprudência. Em 1996, ocorreu a primeira eleição informatizada para mais de 32 milhões de brasileiros, um terço do eleitorado da época³⁰².

Análise histórica à parte, em 2014, segmento da doutrina já sustentava que a interpretação do TSE estava profundamente equivocada levando em conta os princípios de interpretação constitucional consagrados³⁰³. Começamos pelo princípio da unidade da constitucional. Segundo ele, as normas constitucionais devem ser vistas não como elementos isolados, mas como preceitos integrados em sistema unitário de regras e princípios³⁰⁴. O fundamento para que uma norma seja analisada no contexto no qual ela se insere, e não individualmente, decorre da conexão e interdependência entre os elementos individuais da CF/88³⁰⁵.

Tendo a unidade como norte, tratemos do art. 14, § 10, em confronto com outros dispositivos constitucionais. O art. 1º da CF/88 assevera que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de direito e tem a cidadania dentre seus fundamentos. O parágrafo único do mesmo dispositivo garante que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. No art. 14, *caput*, o constituinte originário voltou a se dirigir à soberania popular, a qual “será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto”. É o povo o comandante do destino da nação, e sua vontade será expressa pelo voto direto e secreto. Veja-se a importância que o constituinte deu à vontade popular e à sua expressão. A cidadania é o fundamento da República e o povo é a fonte de todo o poder, segundo normas constitucionais. A única arma criada constitucionalmente para proteger a vontade popular é a AIME. As demais ações eleitorais têm fundamento infraconstitucional. Faria algum sentido, nesse contexto, limitar o alcance da AIME de modo a permitir a sua utilização em combate à fraude somente se essa estivesse relacionada ao processo de votação ou a apuração dos votos? A fraude que busca burlar a inelegibilidade ou a condição de elegibilidade constitucional deveria ser alcançada pelo art. 14, § 10, da CF/88, o qual afirma que “o mandato eletivo poderá ser

³⁰² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Urna eletrônica 25 anos**: lançado em 1996, equipamento é o protagonista da maior eleição informatizada do mundo. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Maio/urna-eletronica-25-anos-lancado-em-1996-equipamento-e-o-protagonista-da-maior-eleicao-informatizada-do-mundo>. Acesso em: 27 jan. 2019.

³⁰³ TENÓRIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Método, 2014, p. 328.

³⁰⁴ MENDES, Gilmar; GONET, Paulo; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

³⁰⁵ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 17.

impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

A certeza de que o conceito de fraude há de abarcar os estratagemas fraudulentos que buscam burlar inelegibilidades constitucionais aumenta ao aplicarmos outros princípios hermenêuticos ao caso, como o da força normativa da CF/88. Para o professor J. J. Gomes Canotilho³⁰⁶, tal princípio indica que na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da CF/88, contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental.

Passemos a outro princípio hermenêutico, o da máxima eficácia (ou efetividade) da CF/88. Conhecido também como princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, impõe que na interpretação das normas constitucionais se atribua o sentido que lhes empreste a maior efetividade possível, a qual significa a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social³⁰⁷. Poderá a AIME cumprir sua função de proteção da vontade popular se o conceito de fraude for restrito a tal ponto de não incluir as fraudes as inelegibilidades constitucionais? A resposta é evidente.

Não era exclusiva do TSE a posição restritiva. Em verdade, era amplamente dominante. Veja-se o teor da manifestação da Procuradoria-Geral Eleitoral (PGE), órgão do MPF, no REsp 1-49.2013.6.18.0024/PI³⁰⁸:

O conceito de fraude de que trata o art. 14, § 10, da CF/88 possui caráter mais restritivo, relativo àquela fraude tendente a comprometer o processo de votação e a legitimidade do pleito. Não é o caso que se verifica nos autos, em que a fraude teria sido perpetrada para o cumprimento de cota mínima por sexo, com o fim de possibilitar o registro de candidatos de uma coligação (TSE, 2013, p. 473);

A alteração do conceito só deu em 2015, 27 anos depois da promulgada a CF/88. No REsp 1-49.2013.6.18.0024/PI um novo significado de fraude foi incorporado pelo TSE. Já se estava numa época em que a batalha das ações afirmativas para promover a participação feminina na seara política avançou. A lei 9.504/97, alterada pela Lei 12.034/09³⁰⁹, previu que as candidaturas de partido com coligação deveriam ser preenchidas por no

³⁰⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1226.

³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

³⁰⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 1-49.2013.6.18.0024/PI**. Enquadra-se no conceito de fraude a violação do percentual de candidaturas femininas exigidos por lei por meio do uso de candidatas laranjas. Relator: Min. Henrique Neves, 21 de outubro de 2015.

³⁰⁹ BRASIL. **Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Altera a legislação eleitoral, em especial a Lei 9.504/97 e o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112034.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

mínimo 30% de cada sexo. Passaram os partidos, num primeiro momento, a lançar candidatas femininas fictícias para cumprir a cota legalmente estabelecida³¹⁰ e permitir que fossem obtidos os registros das candidaturas masculinas. A conduta fraudulenta foi atacada por AIME, julgada improcedente pelos primeiro e segundo grau da justiça eleitoral, os quais reafirmaram o conceito restritivo de fraude. No TSE, outra foi a postura adotada. Eis a ementa do julgado no REspe 1-49.2013.6.18.0024/PI:

Conceito de fraude e propositura de AIME. O Plenário do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, assentou que se enquadra no conceito de fraude, para fins de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10, da Constituição Federal), a violação do percentual de candidaturas exigido no § 3º, art. 10, da Lei 9.504/1997, que dispõe: § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. Na hipótese, o juízo da 24ª Zona Eleitoral/PI extinguiu, sem resolução do mérito, ação de impugnação de mandato eletivo ajuizada em desfavor de candidatos eleitos ao cargo de vereador, no pleito de 2012, sob a acusação de suposta fraude eleitoral caracterizada pela adulteração de documento e falsificação de assinaturas para o preenchimento do percentual mínimo de candidaturas previsto em lei. Em concordância, o Tribunal Regional Eleitoral manteve a decisão de piso ao argumento de que o conceito de fraude, para os fins de cabimento da ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), é restritivo alcançando somente atos tendentes a afetar a vontade do eleitor. O Ministro Henrique Neves (Relator) ressaltou inicialmente que o Tribunal de origem proferiu acórdão em consonância com o posicionamento até então adotado por esta Corte, no sentido de que a fraude que enseja a AIME diz respeito ao processo de votação, nela não se inserindo questões alusivas à inelegibilidade ou a outros vícios passíveis de atingir, de forma fraudulenta, o processo eleitoral. Entretanto, o Relator salientou a necessidade de superar esse entendimento, passando-se a interpretar o termo fraude, estampado no art. 14, § 10, da Constituição Federal, de forma ampla, a englobar todas as situações de fraude – inclusive a de fraude à lei – que possam afetar a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato obtido. Ressaltou ainda que a AIME deve ser admitida como instrumento processual para preservar a legitimidade e a normalidade das eleições contra toda sorte de abuso, corrupção ou fraude, não cabendo impor limitações ao texto constitucional que não estejam previstas na própria Constituição Federal. Prosseguiu afirmando que a norma constitucional supracitada deve ser considerada com as demais regras e princípios contidos na Lei Maior, de forma a permitir a harmonização das hipóteses de cabimento da AIME com os fins legítimos das eleições que reflitam a vontade popular, livres de influências ilegítimas, tal como consta do § 9º do art. 14 da Constituição Federal. Dessa forma, concluiu que, na espécie, a extinção da ação de impugnação de mandato sem julgamento de mérito, ao fundamento de que a suposta violação do percentual mínimo de candidaturas não se enquadraria no conceito de fraude, deve ser reformada, possibilitando o devido prosseguimento

³¹⁰ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Fraude às cotas de gênero**: notas aos(as) ministros(as) do Tribunal Superior Eleitoral (REspe 193-92.2016.6.18.0018). Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/06/06/fraude-cotas-de-genero/>. Acesso em: 07 jun. 2019.

da ação proposta. O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao TRE do Piauí para, afastando o argumento de inviabilidade da via eleita, permitir que a ação de impugnação de mandato eletivo siga seu curso normal e legal, nos termos do voto do Relator.

Logo, em 2015, o TSE mudou drasticamente de posição, adotando a tese ampliativa do conceito de fraude. Parece claro que as alterações das circunstâncias históricas já deveriam ter feito o TSE adotar a mudança no conceito. O país, em 1988 - data em que promulgada a Constituição, que previa a fraude como causa de pedir em ação de impugnação eletiva, era bastante diverso daquele que viu as ações afirmativas florescerem e as urnas eletrônicas serem adotadas. Destaco, acerca da mudança radical da jurisprudência, o seguinte trecho da ementa:

Ressaltou ainda que a AIME deve ser admitida como instrumento processual para preservar a legitimidade e a normalidade das eleições contra toda sorte de abuso, corrupção ou fraude, não cabendo impor limitações ao texto constitucional que não estejam previstas na própria Constituição Federal.

Não houve, até o momento, retorno à postura anterior. Demonstrou-se aqui que ocorreu, por décadas, um descompasso entre o conceito de fraude jurídico e as circunstâncias históricas e sociais. Ao ser posta na CF/88, a fraude estava envolvida num contexto de voto impresso. Tal contexto mudou radicalmente já em 1994, com a implantação do voto eletrônico. Somente na metade da segunda década do século XXI, porém, em julgamento do TSE, deu-se o alcance que o conceito fraude precisava. Isso teria ocorrido antes, houvesse o TSE aplicado a história dos conceitos segundo Koselleck, para quem a disciplina “põe em evidência a estratificação dos significados de um mesmo conceito em épocas diferentes”³¹¹.

4.1.2 Do abuso do poder econômico e da corrupção

Utilizemos a definição dada pelo próprio TSE acerca do abuso de poder econômico. No REspe 191.868³¹² definiu o TSE que o abuso de poder econômico caracteriza-se pela utilização

³¹¹ KOSELLECK, Reinhardt. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/ PUC-Rio, 2006, p. 110.

³¹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 191868**. A utilização de recursos patrimoniais em excesso, públicos ou privados, sob poder ou gestão do candidato configura o abuso do poder econômico. 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. Relator: Min. Gilson Dipp, 22 de agosto de 2011.

de recursos patrimoniais, em excesso, públicos ou privados, sob poder ou gestão do candidato, em seu benefício eleitoral.

O abuso, em qualquer hipótese, é o exercício de poder que ultrapassa as balizas impostas pelo ordenamento. Entendia a jurisprudência que a prova do abuso dependia da demonstração da possibilidade de desequilibrar a disputa. O conceito foi substituído por gravidade após a LC 135/2010 introduzir no art. 22 da LC 64/90 o inciso XVI, segundo o qual “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”. Em consequência a jurisprudência do TSE, de início titubeante em desprezar a potencialidade³¹³, assevera que “não mais se exige, para o reconhecimento da prática abusiva, que fique comprovado que a conduta tenha efetivamente desequilibrado o pleito ou que seria exigível a prova da potencialidade”³¹⁴.

Como posto pelo TSE³¹⁵, a gravidade é aferida de acordo com “o grau de comprometimento aos bens jurídicos tutelados pela norma eleitoral causado por essas ilicitudes, circunstância revelada, *in concreto*, pela magnitude dos atos praticados”. Tal conceito será de extrema importância na análise dos julgamentos do TSE. Terá o tribunal respeitado a universalidade no que toca à definição de abuso ou tem tratado jurisdicionados em posições iguais de maneira diferente?

O dispositivo citado está previsto no art. 22 da LC 64, o qual trata de investigação judicial eleitoral que tem, como um de seus objetivos, o combate ao abuso de poder econômico. Se não se exige mais prova da potencialidade na AIJE, ela é desnecessária também na AIME que busca sancionar o abuso, ante a coerência do ordenamento, para usar expressão de MacCormick. Se

³¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Contra Expedição de Diploma 580**. Para a configuração de abuso de poder econômico é necessária utilização excessiva, antes ou durante a campanha, de recursos materiais ou humanos que representem valor econômico, buscando beneficiar partido, candidato ou coligação, afetando a normalidade e a legitimidade das eleições. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 28 de fevereiro de 2012.

³¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 172635**. Não se exige que a conduta tenha gerado desequilíbrio no pleito eleitoral nem tampouco prova de potencialidade para caracterização do abuso. Relator: Min. Admar Gonzaga, 27 de fevereiro de 2018.

³¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial 1170**. O abuso de poder (*i.e.*, econômico, político, de autoridade e de mídia) reclama, para a sua configuração, uma análise pelo critério qualitativo, materializado em evidências e indícios concretos de que se procedera ao aviltamento da vontade livre, autônoma e independente do cidadão-eleitor de escolher seus representantes. A potencialidade para influenciar diretamente no resultado das urnas não é condição necessária para a caracterização do abuso de poder econômico. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de fevereiro de 2021.

assim não fosse, os elementos constitutivos do abuso seriam diferentes de acordo com o instrumento processual em que fossem levados a juízo (AIJE ou AIME).

4.2 Da ação de investigação judicial eleitoral

Apesar do nome, a AIJE “não tem natureza meramente inquisitorial ou administrativa, pois, além de resguardar o contraditório e a ampla defesa, ela é um fim em si mesma, podendo culminar na aplicação de sanções”³¹⁶. Regida pelos arts. 19 e seguintes da LC 64/90, a ação em pauta é instrumento para cassar mandatos ante a prática de ilícitos eleitorais relacionados à deturpação da legitimidade e normalidade das eleições. Na causa de pedir poderão ser descritas a compra de votos, abuso do poder econômico, abuso do poder político e uso indevidos dos meios de comunicação.

Determinou o constituinte, no art. 14, § 9º, da CF/88, que a LC estabelecesse casos de inelegibilidade para proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. Em cumprimento ao comando constitucional publicou-se a LC 64/90. Consoante seu art. 19, as transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

Tratemos dos ilícitos apurados na AIJE, começando pelo abuso de poder político. Vale destacar que nem todo exercício de poder é abusivo, especialmente num ambiente institucional em que a reeleição é permitida. Pedro Henrique Távora Niess leciona que comete abuso de poder político o “administrador que exorta de suas funções, que faz mau uso do poder do qual se encontra investido, embora sob o disfarce da moralidade, o que redunde na arbitrariedade e compromete a liberdade do voto”³¹⁷. No mesmo sentido, o TSE considera que o abuso de poder político ocorre quando agentes públicos se valem da condição funcional para beneficiar candidaturas (desvio de finalidade), violando a normalidade e a legitimidade das eleições³¹⁸.

³¹⁶ GARCIA, E. **Abuso de poder nas eleições: meios de coibição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 135.

³¹⁷ NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2000, p. 199.

³¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário 2887-87**. O abuso do poder político ocorre quando agentes públicos se valem da sua condição funcional para beneficiar candidaturas. Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 de fevereiro de 2017.

Exige-se, aqui, o requisito da gravidade, já tratado no tópico anterior desse capítulo. Configurado estará também o abuso do poder político ou de autoridade quando praticadas as condutas vedadas pelo art. 73 da Lei 9.504/97 em períodos anteriores à eleição. A elas voltaremos nossa atenção mais à frente.

Analisemos o uso indevido dos meios de comunicação, terceira causa de pedir da AIJE. No campo da comunicação, por determinação constitucional, o ordinário é a liberdade. Em primeiro lugar porque a CF/88 eleva à condição de direito fundamental a liberdade de manifestação, consoante o art. 5º, IV e X. Em segundo, porque o seu art. 220 assevera que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. E, em terceiro, por ser a censura vedada, seja no art. 5º, IX, seja no art. 220, §2º.

Dentre os limites à liberdade de manifestação e de imprensa estão a legitimidade e normalidade das eleições. Segundo o TSE, “a mídia impressa pode posicionar-se favoravelmente a determinada candidatura sem que isso caracterize de per si uso indevido dos meios de comunicação social, devendo ser punidos pela Justiça Eleitoral os eventuais excessos”³¹⁹. Nenhum veículo de comunicação deve ser usado para dar mais destaque a certo candidato a fim de beneficiar-lhe a candidatura, prejudicando-se a neutralidade devida ao eleitor. A imprensa, portanto, não há de atuar como mero instrumento de marketing. Para o TSE “o uso indevido dos meios de comunicação social caracteriza-se pela exposição desproporcional de um candidato em detrimento dos demais, ocasionando desequilíbrio na disputa eleitoral”³²⁰. A seguir, exemplos do ilícito em pauta de acordo com a jurisprudência do TSE: a) criação de jornal, com o mesmo nome e logotipo de periódico tradicional, com matérias tendenciosas em benefício de candidato e denunciando falsamente a desistência de candidatura do adversário³²¹; b) veiculação em nove

³¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 317093**. A imparcialidade que se impõe às emissoras de rádio e televisão, por serem objeto de outorga do poder público, não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística, mas sim de impedimento de que assumam uma postura que caracterize propaganda eleitoral em favor de candidato. Relator: Min. Jorge Mussi, 17 de maio de 2018.

³²⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 730-14**. O uso indevido dos meios de comunicação social caracteriza-se pela exposição desproporcional de um candidato em detrimento dos demais, ocasionando desequilíbrio na disputa eleitoral. O abuso de poder econômico configura-se mediante o uso desproporcional de recursos patrimoniais, sejam eles públicos ou privados, de forma a comprometer a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito em benefício de determinada candidatura. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 02 de dezembro de 2014.

³²¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 30010**. A liberdade de imprensa não é absoluta. Itá Fernandes, aliado do recorrente, forjou o Jornal Folha de Ibaté, utilizando os mesmos nome e logotipo de tradicional impresso Município, e o fez circular de forma gratuita, às vésperas d pleito, contendo matérias tendenciosas em

edições do jornal, que tem por editor candidato, de propaganda negativa e graves ofensas pessoais a seus adversários³²²; c) divulgação maciça de matérias elogiosas em jornais e revistas, com tiragem média de dez mil exemplares e publicação quinzenal, distribuídos de graça em diversos meses antes do pleito³²³.

O ponto mais controverso quanto à AIJE refere-se ao alcance dos poderes do judiciário para investigar. Isso porque o art. 22 da LC 64 estabelece que qualquer partido político, coligação, candidato ou MP Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político. Veja-se que a princípio a norma confere amplos poderes ao corregedor para realizar investigação. O dispositivo está no centro dos debates relativos ao julgamento que poderia levar à cassação da chapa Dilma-Temer, como se verá com vagar no próximo capítulo.

4.3 Ação por captação ilícita de sufrágio

Determina art. 41-A da Lei 9.504, a lei das eleições, que constitui captação de sufrágio, vedada por esta lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a

benefícios dos recorrentes e noticiando de forma inverídica desistência da principal candidatura adversária. Relator: Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, 18 de outubro de 2016.

³²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 938324**. Fatos anteriores ao registro de candidatura podem configurar uso indevido dos meios de comunicação social. O uso indevido caracteriza-se na espécie pela veiculação de nove edições do Jornal Correio do Vale, no período de março a julho de 2010, nos formatos impresso e eletrônico, com propaganda eleitoral negativa e graves ofensas pessoais a candidatos. Relatora: Min. Fátima Nancy Andrigh, 01 de agosto de 2011.

³²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1460**. A maciça divulgação de matérias elogiosas a pré-candidato em diversos jornais e revistas, cada um com tiragem média de dez mil exemplares, publicados quinzenalmente, e distribuídos gratuitamente durante vários meses antes da eleição, constitui uso indevido dos meios de comunicação social. Relator: Min. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira, 15 de outubro de 2009.

cinquenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da LC 64/90. O dispositivo é fruto da Lei 9.840/99, nascida de iniciativa popular³²⁴.

Houve, a princípio, discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo. Isso porque como ele impunha como consequência da captação ilícita de sufrágio a sanção de cassação do registro ou do diploma, sustentou-se que criaria inelegibilidade, o que só poderia ser feito por LC, segundo o art. 14, §9º, da CF/88. Chamado a julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3592³²⁵ sobre o tema, assentou o STF que as sanções do art. 41-A não constituem novas hipóteses de inelegibilidade.

Para a configuração do ilícito é desnecessário que o pedido de voto seja feito explicitamente ou que o próprio candidato o faça. Basta que consinta com o ato ou dele participe de qualquer maneira. O consentimento surgirá com o simples conhecimento da prática do ilícito antes de sua prática.

Reza o art. 41-A que o procedimento a ser utilizado é o do art. 22 da LC 64/90, que trata da AIJE e já abordado no tópico 4.2 acima. A competência, de outro lado, é fixada pelo art. 96 da Lei 9.504/97 que determina que nas ações ou representações da Lei 9.504/97, salvo disposição específica em contrário, serão competentes os Juízes Eleitorais, nas eleições municipais; os TREs, nas eleições federais, estaduais e distritais; o TSE, na eleição presidencial.

4.4 Ação por captação ou gasto ilícito de recursos para fins eleitorais

Determina o art. 30-A da Lei 9.504/97 que qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos. Caso a decisão reconheça a captação ou gastos ilícitos, será negado o diploma ao candidato, ou cassado, se já outorgado.

³²⁴ TENÓRIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Método, 2014, p. 337.

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3592**. As sanções de cassação do registro ou do diploma previstas pelo art. 41-A da Lei 9.504/97 não constituem novas hipóteses de inelegibilidade. A representação para apurar a conduta prevista no art. 41-A da Lei 9.504/97 não implica a declaração de inelegibilidade, mas apenas a cassação do registro ou do diploma. Relator: Min. Gilmar Mendes, 02 de fevereiro de 2007.

Busca-se com o dispositivo proteger a higidez e o equilíbrio da disputa eleitoral, sancionando-se o chamado caixa 2: a arrecadação e o gasto de montantes vindos de origem ilícita e não informados à Justiça Eleitoral³²⁶.

São legitimados ativos partidos, coligações, o MP e o candidato; passivos, os vencedores das eleições e seus suplentes. Aplica-se a ação do art. 30-A o que foi dito quanto ao rito e à competência em relação à ação de captação ilícita de sufrágio, de repetição desnecessária.

A fim de afirmar a existência do ilícito, utiliza-se o TSE do conceito de proporcionalidade³²⁷. É preciso que o bem jurídico protegido, a higidez da campanha, sofra lesão com alguma relevância, considerado o contexto da campanha, como na hipótese em que ocorrem “irregularidades graves como omissões de despesas, ausência de identificação de doadores, falta de emissão de notas fiscais e gastos superiores ao limite estabelecido para a campanha”³²⁸. Já se reconheceu o ilícito em pauta no “uso de ‘laranjas’ para encobrir os verdadeiros doadores de campanha configura inequívoca arrecadação de recursos de origem não identificada a ensejar a perda do diploma”³²⁹. De outro giro, afastou-se a aplicação do art. 30-A em relação à omissão de despesas não declaradas relativas à contratação de cabos eleitorais na prestação de contas de candidato³³⁰.

Para a imposição da cassação, exige o TSE “prova robusta”³³¹. Desnecessário mencionar a pouca precisão do conceito, característica, aliás, comum em conceitos como “gravidade” e

³²⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1233**. Ainda que ocorrida a omissão de despesas não declaradas relativas à contratação de cabos eleitorais, na prestação de contas de candidato, tal fato por si só não traduz a gravidade apta a ensejar a cassação de diploma, porquanto não comprovada a utilização de recursos de fontes vedadas ou a prática de caixa dois. Relatora: Min. Luciana Guimarães Lóssio, 21 de março de 2017.

³²⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 1632569**. Para a cassação do diploma, nas hipóteses de captação ou gastos ilícitos de recursos (art. 30-A da Lei 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. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, 27 de março de 2012.

³²⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 131064**. Irregularidades graves como omissões de despesas, ausência de identificação de doadores, falta de emissão de notas fiscais e gastos superiores ao limite estabelecido para a campanha configuram a prática vedada que, por sua gravidade, leva à cassação do diploma. Relatora: Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, 14 de dezembro de 2015.

³²⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 44565**. O uso de laranjas para encobrir os verdadeiros doadores de campanha configura inequívoca arrecadação de recursos de origem não identificada a ensejar a perda do diploma (art. 30-A da Lei 9.504/97). 100% dos recursos obtidos pelo agravante advêm de doações ilícitas, reconhecendo-se a prática de “caixa dois”. Relator: Min. Jorge Mussi.

³³⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 3-85**. A omissão de receitas e despesas de campanha não possui gravidade suficiente para ensejar a sanção de cassação do diploma, prevista no art. 30-A da Lei 9.504/97, se não ficou comprovada a utilização de recursos de fontes vedadas ou a prática de “caixa dois”. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 11 de dezembro de 2014.

³³¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2651-56**. Para afastar legalmente determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete à Justiça Eleitoral, com base na compreensão da reserva legal proporcional,

“fraude”. Essa falta de clareza exige esforço argumentativo maior no momento da justificativa da decisão, nem sempre respeitado, como se verá no capítulo seguinte.

4.5 Ação pela prática de condutas vedadas aos agentes públicos nas campanhas eleitorais

Chegamos à última das ações eleitorais voltadas à cassação de mandato: a ação pela prática de condutas vedadas a agentes públicos. O art. 73 da Lei 9.504 proíbe a agentes públicos, servidores ou não, condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais. A ação para sancioná-las é regrada pelos arts. 73 a 78 da Lei 9.504. Os agentes públicos são conceituados pela lei como aqueles que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 73, § 1º).

Eis as condutas vedadas previstas nos incisos do art. 73: I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária. II - usar materiais ou serviços, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas, que excedam as prerrogativas consignadas nos regimentos e normas dos órgãos que integram; III - ceder servidor público ou empregado da administração direta ou indireta federal, estadual ou municipal do Poder Executivo, ou usar de seus serviços, para comitês de campanha eleitoral de candidato, partido político ou coligação, durante o horário de expediente normal, salvo se o servidor ou empregado estiver licenciado; IV - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público. Prevê-se uma exceção no art. 73, §10, segundo o qual no ano em que se realizar eleição fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados: a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança; b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do MP, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República; c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo; d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo; e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes

verificar, com fundamento em provas robustas admitidas em direito, a existência de grave ilícito eleitoral suficiente para ensejar as severas e excepcionais ações de cassação e diploma e de declaração de inelegibilidade. Relator: Min. Gilmar Mendes, 08 de maio de 2017.

penitenciários. VI - nos três meses que antecedem o pleito: a) realizar transferência voluntária de recursos da União aos Estados e Municípios, e dos Estados aos Municípios, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados os recursos destinados a cumprir obrigação formal preexistente para execução de obra ou serviço em andamento e com cronograma prefixado, e os destinados a atender situações de emergência e de calamidade pública; b) com exceção da propaganda de produtos e serviços que tenham concorrência no mercado, autorizar publicidade institucional dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral; c) fazer pronunciamento em cadeia de rádio e televisão, fora do horário eleitoral gratuito, salvo quando, a critério da Justiça Eleitoral, tratar-se de matéria urgente, relevante e característica das funções de governo. As proibições das alíneas b e c são restritas ao agentes cujos cargos estejam em disputa na eleição, de acordo com o parágrafo terceiro do art. 73; VII: realizar, em ano de eleição, antes do prazo fixado no inciso anterior, despesas com publicidade dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou do último ano imediatamente anterior à eleição. VIII - fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º e até a posse dos eleitos.

O art. 73, § 5º, determina que o descumprimento do disposto nos incisos do *caput* e no § 10 sujeitará o candidato beneficiado, agente público ou não, à cassação do registro ou do diploma. Também se estabelecem multas como sanção à conduta vedada no § 4º. Existem vedações outras aos agentes públicos além das do art. 73 geradoras de cassação de registro ou diploma. Proíbe-se a qualquer candidato comparecer, nos três meses que precedem o pleito, a inaugurações de obras públicas (art. 77) e a contratação de shows artísticos pagos com recursos públicos (art. 73). O descumprimento de ambas as infrações sujeita o candidato à cassação do registro ou diploma.

Sobre o rito e a competência, vale aqui o que posto, respectivamente, no art. 22 da LC 64 e no art. 97 da Lei 9.504, já examinados anteriormente.

Findo esse breve trecho sobre as ações eleitorais, passemos agora ao foco dessa tese :a análise das decisões do TSE que julgaram pedidos veiculados nessas ações.

5 AS DECISÕES DO TSE QUE CASSAM MANDATOS E AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK E ROBERT ALEXY

5.1 Da escolha das decisões. A seleção com uso do método científico: a exigência de que a hipótese seja empiricamente testada, a replicabilidade, a objetividade, a transparência, a falseabilidade e a consistência lógica. O método hipotético-dedutivo e o objetivo particularístico: o foco em determinado campo da ciência jurídica. A preocupação com validade da pesquisa: o fato da conclusão sobre a hipótese refletir a realidade. A validade externa e interna da pesquisa.

Iniciemos o capítulo tratando da metodologia a ser aplicada quanto às decisões. Lembremos que a hipótese - uma afirmação que descreve um padrão - é que as decisões do TSE que cassam mandatos possuem características próprias que as afastam dos padrões de racionalidade nos termos definidos por Alexy e MacCormick. Isso significa que são consideradas irracionais? Veremos ao final.

As decisões a serem observadas, a fim de que se preservem validades interna e externa da pesquisa, serão selecionadas segundo o método científico³³². Há seis princípios que o regem. O primeiro é a exigência de que a hipótese seja empiricamente testada, o que significa que deve ser possível colher observações que a embasarão ou a contrariarão. Necessário, ainda, haver replicabilidade: deve ser possível repetir o estudo original e essa repetição deve gerar resultados consistentes com os primeiros. Em terceiro lugar, a pesquisa sobre elas deve ser regida pela objetividade, o que permitirá que outros pesquisadores repitam o estudo sem qualquer necessidade do autor original. Para tanto, essencial que haja clareza quanto aos conceitos, procedimentos e premissas utilizados. O quarto princípio envolvido é transparência, o qual é relacionado com a objetividade: o pesquisador precisa compartilhar toda e qualquer informação relevante para os apoiadores e para os críticos, aqui incluídos conceitos, métodos de coletas e o rol das decisões do TSE escolhidas. O quinto princípio é a falseabilidade da hipótese, a qual se faz presente sempre que for possível imaginar ser possível encontrar dados que contradigam a hipótese. O último princípio é o da consistência lógica ou coerência: as conclusões não devem contradizer os fatos observados e o pesquisador deve ser coerente em relação ao que considera prova de confirmação e de refutação da hipótese. Em outros termos, não se pode, simultaneamente, tratar uma postura do TSE tanto como prova de irracionalidade quanto de racionalidade.

Será usado o método hipotético-dedutivo combinando-se indução e dedução. O objetivo é particularístico: o

³³² Todas as informações abaixo sobre o método científico e a metodologia aplicada na colheita de dados foram obtidas verbalmente no curso proferido pela Universidade de Amsterdam denominado “*Quantitative Method*” no primeiro semestre de 2021, da Universidade de Amsterdam, pela Prof. Annemarie Zand Scholten, no módulo 1.02, Scientific Method. (SCHOLTEN, Annemarie Zand. “*Quantitative Method*”: 1.02 Origins: Scientific method. Universidade de Amsterdam, 2021. Disponível em: https://d396qusza40orc.cloudfront.net/solidsciencemethods/Video%20lecture%20transcripts/English/1_Origins.pdf. Acesso em: 04 abr. 2021).

foco é o conhecimento em determinado campo da ciência jurídica. Não se busca somente ciência aplicada, mas também conhecimento fundamental. Em outros termos, objetiva-se explicar a conduta do TSE e propor caminhos para minorar eventuais problemas identificados.

A preocupação com a validade da pesquisa gira em torno do fato da conclusão sobre a hipótese refletir a realidade. A conclusão tem que ser verdadeira, portanto. O que importa, de fato, é a validade externa, que existirá se a hipótese se sustentar em outros processos além daqueles aqui estudados. Aqui, a validade interna – aquela em que se demonstra que há relação causal – é pouco relevante, porque nenhuma relação causal é estudada.

Além da validade externa, interessa a validade do constructo, que surgirá se as propriedades ou constructos que estão na hipótese puderem ser medidos de maneira acurada. Na nossa hipótese, o método será válido se servir a medir a existência da racionalidade das decisões. Difícil pensar em outra solução a não ser a que compare o conteúdo das decisões com parâmetros de racionalidade previamente estabelecidos.

Chegamos agora à variável, termo que se refere à versão operacionalizada do constructo, que, no nosso caso, é a racionalidade das decisões. A variável há de ser mensurável, o que só é possível de ser feito com a fixação de critérios. Imaginou-se que a medição teria dois valores somente: 0 e 1. “0” para as decisões que desrespeitam os critérios fixados por Alexy ou MacCormick.; “1” para as que os respeitam. É claro que o ideal seria medir níveis de racionalidade, usando, portanto, uma variável ordinal (1, 2, 3, 4, e assim por diante). No entanto, parece arbitrário demais a criação de uma escala de racionalidade a partir do cumprimento ou descumprimento das regras de Alexy e MacCormick. Por tudo isso, optou-se pela variável nominal que representa a existência ou não da racionalidade. A variável epigrafada, portanto, é categórica, e não quantitativa, uma vez que permitiria ver a diferença quanto a certa propriedade (no caso, racionalidade), mas não em relação à extensão dela³³³. Essa classificação categórica, já antecipando conclusões extraídas das decisões, falhou miseravelmente. Nenhuma decisão respeitou totalmente os critérios; tampouco alguma decisão os ignorou completamente, o que é mais um indício de que há uma racionalidade própria na Justiça Eleitoral. Seria completamente inútil, portanto, criar um categoria como “0”, porque ela simplesmente não se faz presente. Diga-se o mesmo da “1”.

A racionalidade será medida por meio da análise de conteúdo, a qual envolve o exame de decisões do TSE que cassam mandatos por meio de estruturas de buscas preestabelecidas. Serão buscados, por exemplo, quais os tipos de argumento utilizados, se e como são utilizados cânones interpretativos, se o raciocínio silogístico é exibido, se precedentes são respeitados, etc.

Como escolher a amostra de decisões de maneira a não tornar a pesquisa inválida é evidentemente a maior das preocupações no que toca à preservação da validade externa. Essa equivale à generalização dos resultados da pesquisa, ou seja, à propriedade da hipótese ser aplicável para outros processos além dos analisados.

Para evitar esse risco, adotou-se a randomização na seleção da amostra. Essa última consiste numa parte do todo apta a representá-lo. Escolheremos diferentes processos por um longo período de tempo (o estudo, portanto,

³³³ Informações repassadas no curso online *Quantitative Method*, da Universidade de Amsterdam, pela Prof. Annemarie Zand Scholten, no módulo 1.02, *Scientific Method*. (SCHOLTEN, Annemarie Zand. “*Quantitative Method*”: 1.02 Origins: Scientific method. Universidade de Amsterdam, 2021. Disponível em: https://d396qusza40orc.cloudfront.net/solidsciencemethods/Video%20lecture%20transcripts/English/1_Origins.pdf. Acesso em: 04 abr. 2021).

será longitudinal) de 15 anos. Partimos de uma “*sampling frame*” – lista da qual serão selecionados os autos elementos da pesquisa - construída por meio de pesquisa no site do TSE utilizando as palavras “cassação de mandatos”. Posteriormente, essa lista foi colocada numa planilha Excel. Cada linha corresponderá a autos de um processo. Serão, então, produzidos números randômicos considerando a quantidade de processos/linhas a serem examinados, o que se fez por meio do site www.random.org. Tais números apontarão os processos das linhas identificadas pela numeração randômica produzida.

A randomização levará em conta ainda subcategorias relativas às diferentes ações por meio do qual mandatos são cassados, já examinadas acima: AIJE, AIME, Ação por Conduta Vedada, Ação de Captação Ilícita de Sufrágio e Ação por captação ou gasto ilícito de recursos. Haverá, portanto, o que se denomina de randomização estratificada de amostras. Cada tipo de ação corresponde a um estrato e de cada estrato são retiradas amostras. Todas elas reunidas compõem a base da qual serão extraídas as amostras da pesquisa, ou “*sampling frame*”. A randomização garante que não haja diferença sistemática entre os grupos de ações pesquisados além da variável independente escolhida³³⁴, correspondente à classificação da ação geradora da cassação: AIME, AIJE, ação do art. 41-A, ação do art. 73 da Lei 9.504/97 e ação do art. 30-A da Lei 9.504/97.

Apenas um dos processos foi selecionado sem a utilização do método randômico: o que tratou da cassação da chapa presidencial então formada por Dilma Rousseff e Michel Temer, nas eleições de 2014. Pela importância do caso e por nele haver vícios gravíssimos que saltaram aos olhos e provocaram o desejo dessa pesquisa ser feita, a decisão nele proferida também fará parte do conjunto amostral. Aplicou-se, aqui, não a randomização, mas o chamado “*purposive sampling*”, ou a escolha proposital de uma amostra de grande importância.

Todas as informações relativas à operacionalização da pesquisa e os instrumentos utilizados (as planilhas) serão expostos ao longo do texto, a fim de se permitir a replicabilidade.

Vamos, então, ao procedimento da seleção. No site do TSE, na parte de pesquisa jurisprudencial (www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia), foram feitas as seguintes buscas:

- 1) Com termos “cassação e mandato”, selecionando-se como filtro a classe processual “AIJE”.
- 2) Com os termos “cassação e mandato e AIJE” selecionando-se como filtro “Recurso Ordinário (RO)” (o objetivo é alcançar as decisões do TSE em grau de recurso com devolutividade ampla manejado contra cassações proferidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais em AIJEs). Como a conduta do art. 41-A da Lei 9.504/97 é apurada via procedimento em AIJE, como ensina José Jairo Gomes³³⁵, espera-se que nessa pesquisa também apareçam ações que versem sobre a essa hipótese.
- 3) Com os termos “cassação e mandato”, selecionando-se como filtro a classe processual “AIME”.
- 4) Com os termos “cassação e mandato e AIME” selecionando-se como filtro “RO” (o objetivo é alcançar as decisões do TSE em grau de recurso com devolutividade ampla manejado contra cassações proferidas pelos

³³⁴ Informações repassadas no curso online *Quantitative Method*, da Universidade de Amsterdam, pela Prof. Annemarie Zand Scholten, no módulo 1.02, *Scientific Method*. (SCHOLTEN, Annemarie Zand. “*Quantitative Method*”: 1.02 Origins: Scientific method. Universidade de Amsterdam, 2021. Disponível em: https://d396qusza40orc.cloudfront.net/solidsciencemethods/Video%20lecture%20transcripts/English/1_Origins.pdf. Acesso em: 04 abr. 2021).

³³⁵ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 965

Tribunais Regionais Eleitorais).

- 5) Com os termos “cassação e mandato” selecionando-se como filtro “art. 73 da Lei 9.504/97” (o qual prevê a figura da conduta vedada).
- 6) Com os termos “cassação e mandato” selecionando-se como filtro “art. 73 da Lei 9.504/97” (o qual prevê a figura da conduta vedada) e “RO” (o objetivo é alcançar as decisões do TSE proferidas em grau de recurso com devolutividade ampla manejado contra cassações proferidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais em AIJEs).
- 7) Com os termos “cassação e mandato” selecionando-se como filtro o “art. 30-A da Lei 9.504/97”, que trata da arrecadação e gastos ilícitos de recursos.
- 8) Com os termos “cassação e mandato” e selecionando-se como filtro o “art. 30-A da Lei 9.504/97”, que trata da arrecadação e gastos ilícitos de recursos, e “RO” (o objetivo é alcançar as decisões do TSE proferidas em grau de recurso com devolutividade ampla manejado contra cassações proferidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais em AIJEs).

Esclareçamos alguns pontos dos critérios de pesquisa. O RO, previsto no art. 121, III a V, da CF/88, é recurso com devolutividade ampla manejado contra decisões dos TREs que cassam mandatos. Foi utilizado como filtro nos tópicos 2, 4, 6 e 8 para que não só julgados do TSE proferidos no exercício da competência originária fossem alcançados, o que poderia ocorrer se aplicados apenas os filtros descritos nos itens 1, 3, 5, 7 e 9. Acrescenta-se que, os ilícitos descritos nos arts. 41-A e 73 da Lei 9.504, que tratam, respectivamente, de captação ilícita de sufrágio e conduta vedada, são apurados por meio do rito da AIJE, nos termos do § 12 do art. 73 e do *caput* do art. 41-A. Logo, poderão aparecer em mais de uma das buscas feitas acima. Não realizar pesquisa com filtros específicos a ele relativos, porém, poderia fazer com que não fossem selecionados em nenhuma das buscas. Os temas referidos são importantes demais para correr tal risco.

Explicitados os critérios de busca, foi formada a “*sample framing*” a ser usada de referência. Ela será exibida nos tópicos em que parte das decisões que a integram será examinada. Antes, retomemos, de maneira esquemática, os critérios de Alexy e MacCormick quanto à racionalidade. Para maiores explicações, remetemos o leitor aos capítulos 2 e 3.

5.2 Os critérios de racionalidade de Robert Alexy e Neil MacCormick

Elenquemos os critérios de racionalidade estabelecidos por Alexy e MacCormick que serão usados para examinar as decisões do TSE. Ver-se-á que algumas falhas, se é que podem assim ser chamadas, no cumprimento de critérios de Alexy ou MacCormick atrapalham, mas não impedem que as decisões do TSE sejam vistas como racionais pela comunidade jurídica; outras, porém, são fatais.

5.2.1 Os 10 elementos de racionalidade Neil MacCormick

Acima, foram expostos estruturas e conteúdos que para MacCormick devem se fazer presente nas deliberações judiciais a fim de gerar racionalidade. Ei-los:

- 1) Consistência.
- 2) Coerência.
- 3) Análise das consequências normativas.
- 4) Universalidade.
- 5) Apresentação do raciocínio por meio de silogismos.
- 6) Derrotabilidade ou *defeasibility*.
- 7) Respeito aos precedentes.
- 8) Utilização de argumentos linguísticos, teleológicos, sistêmicos, e transcategóricos para solucionar os problemas interpretativos. Quanto aos argumentos sistêmicos são divididos em harmonização contextual, argumentos a partir do precedente (se já há interpretação judicial fixada sobre o termo, ela deveria ser usada); argumentos a partir de analogias (se um texto é análogo ao outro, a interpretação desse deve ser adotada para aquele): argumento conceitual (se um conceito é utilizado no texto da lei, e tem um sentido reconhecido e elaborado doutrinariamente usado consistentemente, deve ser interpretado de forma a respeitar tal consistência); argumentos a partir de princípios gerais do direito (a interpretação deve estar conforme ao princípio geral que eventualmente se aplique à matéria em discussão); argumentos a partir da história: o texto há de ser interpretado de acordo com a evolução histórica da sua compreensão.
- 9) Utilização da razoabilidade. Irrazoável é a posição que, numa decisão: a) ignora fatores relevantes; b) considera os irrelevantes; c) distorce a importância de cada fator.
- 10) Uso do voto majoritário ou hierarquia entre juízos para se determinar a solução entre opiniões conflitantes. Chega-se num limite da racionalidade e ainda assim há desacordo razoável. Nessa quadra, ainda é preciso dar a solução no caso concreto, e as saídas procedimentais a oferecerão.

5.2.2 Os 20 elementos de racionalidade de Robert Alexy

Lembremos que Alexy aponta regras, estruturas e conteúdos cuja presença aumenta a possibilidade da decisão emitida ser racional. Ei-los:

- 1) Todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que

- justifiquem negar uma fundamentação”³³⁶.
- 2) Todo aquele que pode falar poderá tomar parte do discurso. Essa regra é subdividida em três: a) toda asserção pode ser problematizada pelos participantes; b) todos poderão introduzir qualquer asserção no discurso; c) todos poderão expressar suas opiniões, desejos e necessidades. Argumentos que não obedecerem a essas três regras são consideradas não-válidos.
 - 3) O princípio da universalidade.
 - 4) “Nenhum falante pode contradizer-se”³³⁷. Em consequência, sempre que aplicar um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.
 - 5) “Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita”.³³⁸
 - 6) “Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados”.³³⁹
 - 7) “Quem pretende tratar uma pessoa A de maneira diferente da pessoa B está obrigado a fundamentá-lo”.³⁴⁰
 - 8) “Quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão deve dar uma razão para isso”.³⁴¹
 - 9) “Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos”.³⁴²
 - 10) “Quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se apresentem como argumento a uma manifestação anterior tem, se lhes for pedido, de fundamentar por que essa manifestação foi introduzida na afirmação”.³⁴³
 - 11) Deve-se respeitar a generalizibilidade, nas suas diversas manifestações.
 - 12) Regras morais devem resistir à comprovação de sua gênese histórico-crítica e de sua formação histórica individual.
 - 13) Para qualquer falante em qualquer momento pode-se passar a diferentes discursos.
 - 14) Universalidade como respeito à justiça formal e à necessidade de que ao menos uma norma universal seja apresentada na fundamentação da decisão jurídica, a qual dela se seguirá logicamente.
 - 15) Justificação interna, com uso do silogismo jurídico, e externa.
 - 16) Regras padrão para utilização da hipótese normativa e para o uso das palavras.
 - 17) Combinação no desenvolvimento da argumentação de etapas que esclareçam o conteúdo normativo com as que esclarecem o caso em concreto, com progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude e conclusão do raciocínio apenas quando se demonstra que a situação concreta corresponde à previsão normativa. São tantas etapas de desenvolvimento quantas forem as necessárias que “permitam formular expressões cuja aplicação ao caso em questão não seja discutível”. Deve-se obedecer ao requisito da saturação, segundo a qual “o argumento de uma forma só é completo se contém todas as premissas

³³⁶ *Ibidem*, p. 186.

³³⁷ *Ibidem*, p. 183.

³³⁸ *Ibidem*, p. 183.

³³⁹ *Ibidem*, p. 183.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 189.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 190.

³⁴² *Ibidem*, p. 190.

³⁴³ *Ibidem*, p. 190.

pertencentes a esta forma”.³⁴⁴

- 18) Utilização de premissas jurídica e não-jurídicas, com explicitação de todas elas.
- 19) Argumentação jurídica, com o uso de interpretação, dogmática, precedentes, argumentação prática geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos. Quanto à interpretação, devem se fazer presentes os cânones interpretativos da interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica. Quanto à dogmática, todo enunciado dogmático, se posto em dúvida, deve ser fundamentado por meio de ao menos um argumento prático de tipo geral. Ademais, “todo enunciado dogmático deve enfrentar uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito como em sentido amplo”.³⁴⁵
- 20) As formas especiais de argumentos jurídicos, que são a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*.

5.3 O exame das decisões do TSE. A divisão em “*sampling frames*” e a escolha randomizada dos julgados que serão examinados.

Passemos agora às decisões do TSE. Nos tópicos seguintes elas serão divididas e suas “*sampling frames*” exibidos, assim como a sequência randômica utilizada para escolher as que foram analisadas. Esclareçamos, desde já, que a análise focará em pontos que, ao ver do autor, são mais problematizáveis. Seguindo a lição de Aarnio³⁴⁶, será pressuposto que o decisor não agirá propositalmente contra o ordenamento jurídico. Por isso, pouca ênfase se dará à sinceridade exigida por Alexy. Diga-se o mesmo quanto às regras do discurso prático de que “todo aquele que pode falar poderá tomar parte do discurso” – já que é premissa de decisão judicial que partes e tribunal participem do discurso –; e a de que quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos, uma vez que o discurso judicial ocorre sob balizas temporais e procedimentais que exigem que haja um término.

A fim de possibilitar ao leitor a compreensão da estratégia de análise, as seis primeiras decisões serão esmiuçadas e os argumentos expostos demoradamente. A partir da sétima decisão, os exames dos acórdãos serão mais concisos.

5.3.1 AIJE e Recurso Ordinário em AIJE

Os termos de pesquisa utilizado para compor o “*sampling frame*” são os expostos nos itens 1 e 2 do tópico 6.1. A seguir, o *pool* de decisões das quais foram selecionadas 5 (cinco) por meio de método randômico.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 235.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 252.

³⁴⁶ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Classe processual	Número dos autos	Identificador
AIJE e RO em AIJE	0601779-05.2018.6.00.0000	1
AIJE e RO em AIJE	0601782-57.2018.6.00.0000	2
AIJE e RO em AIJE	0601969-65.2018.6.00.0000	3
AIJE e RO em AIJE	0601862-21.2018.6.00.0000	4
AIJE e RO em AIJE	0601823-24.2018.6.00.0000	5
AIJE e RO em AIJE	0601864-88.2018.6.00.0000	6
AIJE e RO em AIJE	0601967-95.2018.6.00.0000	7
AIJE e RO em AIJE	0601754-89.2018.6.00.0000	8
AIJE e RO em AIJE	0601851-89.2018.6.00.0000	9
AIJE e RO em AIJE	0601575-58.2018.6.00.0000	10
AIJE e RO em AIJE	0001943-58.2014.6.00.0000	11
AIJE e RO em AIJE	0002241-93.2014.6.02.0000	12
AIJE e RO em AIJE	0601868-16.2018.6.22.0000	13
AIJE e RO em AIJE	0601409-96.2018.6.01.0000	14
AIJE e RO em AIJE	0601423-80.2018.6.01.0000	15
AIJE e RO em AIJE	0601403-89.2018.6.01.0000	16
AIJE e RO em AIJE	1804402-01.4624.0.00.0000	17
AIJE e RO em AIJE	0005376-10.2014.6.13.0000	18
AIJE e RO em AIJE	0007634-25.2014.6.19.0000	19
AIJE e RO em AIJE	0008003-19.2014.6.19.0000	20
AIJE e RO em AIJE	0002032-97.2014.6.03.0000	21
AIJE e RO em AIJE	0005370-03.2014.6.13.0000	22
AIJE e RO em AIJE	0002188-47.2014.6.08.0000	23
AIJE e RO em AIJE	0002250-28.2014.6.03.0000	24
AIJE e RO em AIJE	0002220-90.2014.6.03.0000	25
AIJE e RO em AIJE	0000010-32.2015.6.03.0000	26
AIJE e RO em AIJE	0002209-61.2014.6.03.0000	27
AIJE e RO em AIJE	0002211-31.2014.6.03.0000	28
AIJE e RO em AIJE	0002230-37.2014.6.03.0000	29
AIJE e RO em AIJE	0002229-52.2014.6.03.0000	30
AIJE e RO em AIJE	0002227-82.2014.6.03.0000	31

Utilizaram-se números randômicos gerados no site www.random.org, como se demonstra na figura abaixo:

Home Games Numbers Lists & More Drawings Web Tools Statistics Testimonials Learn More Login

RANDOM.ORG

Search: RANDOM.ORG

 Search
 True Random Number Service

List Randomizer

There were 31 items in your list. Here they are in random order:

1. 26
2. 31
3. 1
4. 9
5. 17
6. 8
7. 18
8. 22
9. 16
10. 11
11. 15
12. 2
13. 3
14. 7
15. 4
16. 21
17. 10
18. 24
19. 25
20. 12
21. 20
22. 5
23. 29
24. 13
25. 6
26. 27
27. 23
28. 14
29. 28
30. 30
31. 19

IP: 2804:7f7:d588:1104:5aa:edf1:b53e:6361
 Timestamp: 2021-06-17 18:36:28 UTC

Na randomização cria-se uma amostra aleatória simples, o que significa que os seus componentes são escolhidos sem a utilização de nenhum padrão proposital ou acidental. Os números escolhidos, como se vê na imagem, são: 26, 31, 1, 9 e 17. Eles identificam, respectivamente, os autos 0000010-32.2015.6.03.0000, 0002227-82.2014.6.03.0000, 0601779-05.2018.6.00.0000, 0601851-89.2018.6.00.0000 e 1804402-01.4624.0.00.0000. Iniciemos o estudo deles.

5.3.1.1 Dos autos 0601779-05.2018.6.00.0000³⁴⁷

Examinemos as 67 páginas do acórdão referente a AIJE 0607119-05. Começemos com esclarecimentos que servirão para todos os demais casos. O CPC aplica-se subsidiariamente ao CE³⁴⁸, como determina o art. 15 do CPC e a Resolução 23.478³⁴⁹ do TSE. O art. 489 do CPC

³⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601779-05.2018.6.00.0000**. Para se caracterizar o abuso de poder, impõe-se a comprovação, de forma segura, da gravidade dos fatos imputados, demonstrada a partir da verificação do alto grau de reprovabilidade da conduta (aspecto qualitativo) e de sua significativa repercussão a fim de influenciar o equilíbrio da disputa eleitoral (aspecto quantitativo). A mensuração dos reflexos eleitorais da conduta, não obstante deva continuar a ser ponderada pelo julgador, não constitui mais fator determinante para a ocorrência do abuso de poder, agora revelado, substancialmente, pelo desvalor do comportamento. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 11 de março de 2021.

³⁴⁸ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; ALMEIDA, J. T. O CPC/2015 e sua aplicação subsidiária e complementar ao processo judicial eleitoral. **Revista de Estudos Eleitorais**, v. 2, n. 3, p. 55–67, 2018.

³⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.748**. Estabelece diretrizes para a aplicação do Novo Código de Processo Civil no âmbito da Justiça Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-478-de-10-de-maio-de-2016-2013-brasilia-2013-df>. Acesso em: 04 ago. 2021.

exige do decisor determinados comportamentos que encontram guarida na teoria de argumentação de MacCormick e Alexy. No *caput* assevera-se que são elementos essenciais da sentença os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. O § 1º e seus incisos determinam que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O inciso I exige o uso de silogismo com explicitação de premissas; o II, a obediência à passagem gradual da norma abstrata para a concreta; o III corresponde à consistência lógica; o IV à regra do discurso geral de acordo com a qual “todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação”. O V novamente demanda a necessidade de explicitação de premissas e de passagem gradual da norma abstrata à concreta. E o VI concretiza a exigência da coerência, da consistência e do uso adequado dos precedentes. Todos esses elementos encontram-se ou na teoria de MacCormick (I, III, VI), ou na de Alexy (I, II, IV, V, VI).

Ainda quanto às exigências de MacCormick, as consequências jurídicas passaram a necessariamente ter que ser analisadas nas decisões judiciais a partir da inserção dos arts. 20 e 21 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei 13.655/2018³⁵⁰. Eis os dispositivos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

³⁵⁰ BRASIL. **Lei 13.655, de 25 de abril de 2019**. Inclui no Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em 03 mar 2021.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

A Lei 13.655 entrou em vigor apenas em abril de 2018. Veremos se nas decisões do TSE proferidas após essa data fez-se análise consequencialista e em que termos.

Voltemos nossos olhos ao caso epigrafado.

Nos autos em pauta a Coligação “Brasil Soberano” (PDT/AVANTE) ofereceu AIJE em face de Jair Messias Bolsonaro, então candidato a presidente da República e Antônio Hamilton Mourão, candidato a vice-presidente na mesma chapa. De acordo com o relatório do acórdão³⁵¹:

Os representados são acusados de (i) contratarem empresas especializadas em *marketing* digital para procederem ao disparo de mensagens com conteúdo falso via *WhatsApp* contra os oponentes da chapa de Jair Bolsonaro nas eleições 2018, em especial os candidatos do PT e do PDT; (ii) utilizarem indevidamente base de dados de usuários fornecida por empresas de estratégia digital; (iii) realizarem e receberem doação de pessoa jurídica e (iv) utilizarem valores acima do limite máximo permitido para gastos nas eleições.

No polo ativo, figuraram o PDT e a Coligação Brasil Soberano (PDT/AVANTE). No passivo, Jair Messias Bolsonaro, Antonio Hamilton Martins Mourão, candidatos da chapa presidencial e a “Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos”. Segundo os autores, a ação foi oferecida em razão dos atos de abuso de poder econômico, fraude e ilicitude em captação e gastos de campanha. A base probatória era reportagem da Folha de São Paulo de 18/10/2018. Os atos imputados aos réus consistiram na arrecadação e uso de recursos oriundos de fontes

³⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601779-05.2018.6.00.0000**. Para se caracterizar o abuso de poder, impõe-se a comprovação, de forma segura, da gravidade dos fatos imputados, demonstrada a partir da verificação do alto grau de reprovabilidade da conduta (aspecto qualitativo) e de sua significativa repercussão a fim de influenciar o equilíbrio da disputa eleitoral (aspecto quantitativo). A mensuração dos reflexos eleitorais da conduta, não obstante deva continuar a ser ponderada pelo julgador, não constitui mais fator determinante para a ocorrência do abuso de poder, agora revelado, substancialmente, pelo desvalor do comportamento. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 11 de março de 2021.

ilícitas, na realização de gastos não contabilizados na prestação de contas, no rompimento do equilíbrio da disputa nascido da divulgação de propaganda ilícita, na realização dos gastos acima dos limites legais, e, por fim, na fraude à vontade livre e consciente dos eleitores. Citando a reportagem, os autores afirmam que empresários financiaram a campanha contra o PT por meio do WhatsApp, com disparos em massa, e sem contabilização oficial. O maior prejudicado teria sido o candidato do PDT, Ciro Gomes, o qual não teria alcançado o segundo turno graças à campanha difamatória pelo WhatsApp com disseminação de “*fake news*”. Como prova do alegado foi trazida condenação do TSE em desfavor de Luciano Hang justamente por conta de ter pago impulsionamento de mensagens favoráveis ao então candidato Jair Bolsonaro. Pleitearam a condenação, com base nos arts. 14, § 9º, da CF/88 e 22 da LC 64, para que fosse indeferido o registro e cassados o diploma e o mandato, com a convocação de novas eleições.

Em suas defesas, os réus Hamilton Mourão e Jair Bolsonaro requereram o indeferimento da petição inicial por conta da falta de documento comprobatório do ilícito. Afirmaram também não existirem provas ou indícios da contratação de disparos em massa de mensagens de WhatsApp como fotos, prints de conversas em mídias sociais, e-mails, testemunhas, etc. Seriam, portanto, as acusações genéricas e desprovidas de qualquer lastro probatório. Luciano Hang ainda pediu a extinção por considerar haver litispendência entre a ação e outras propostas anteriormente.

Os autores requereram produção de prova documental, na qual se incluiu a quebra do sigilo bancário e fiscal do réu Luciano Hang e as empresas que estariam envolvidas no disparo de mensagens. Os demandantes pleitearam ainda que a ação fosse julgada conjuntamente com outras três AIJEs. Assim, a AIJE 0601779-05 deveria ser reunida às de número 0601782-57³⁵² e

³⁵² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601782-57.2018.6.00.0000**. Os representados são acusados de (i) contratarem empresas especializadas em *marketing* digital para procederem ao disparo de mensagens com conteúdo falso via *WhatsApp* contra os oponentes da chapa de Jair Bolsonaro nas eleições 2018, em especial os candidatos do PT e do PDT; (ii) utilizarem indevidamente perfis falsos para propaganda eleitoral (uso indevido dos meios de comunicação); (iii) comprarem cadastros de usuários irregularmente; (iv) montarem uma estrutura piramidal de comunicação, com emprego de robôs e de números de telefone estrangeiros; (v) realizarem e receberem doação de pessoa jurídica e (vi) praticarem abuso de poder econômico. Não é porque se cogita de conexão que dois ou mais processos necessariamente deverão ser instruídos e julgados em conjunto. Desde que estejam assegurados os já indicados valores da harmonia entre os julgados e da economia processual, a incidência do efeito da reunião de processos consubstancia escolha do magistrado, o qual, observando os requisitos legais, deverá analisar a oportunidade e a conveniência de fazê-lo. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 11 de março de 2021.

0601771-28³⁵³ e 0601968-80³⁵⁴, como determinaria o art. 96-B da Lei 9.504/97.

Ante a postura dos réus, confrontando as teses levantadas pelos autores, temos aqui o que MacCormick denomina de caso problematizado. Como o TSE o resolveu? Será que foram obedecidas as orientações de MacCormick e Alexy quanto ao uso de estruturas e argumentos para aumentar a racionalidade?

Começemos destacando que no TSE utiliza-se o voto majoritário e a hierarquia entre juízos, solução procedimental aventada por MacCormick para solucionar divergências. Essa afirmação, obviamente, serve a todos os demais julgados que serão analisados na tese

Passemos às preliminares. Ao afastar a litispendência, o Relator utiliza-se de silogismos – como prega MacCormick e como Alexy sustenta ser necessário para a justificação interna –, fixando como premissa maior tanto a definição de litispendência dada pelo CPC no art. 337 quanto argumentos dogmáticos retirados da doutrina de Fredie Didier Júnior e Hermes Zanetti Júnior³⁵⁵. Como premissa menor, o Relator usa a descrição da causa de pedir, das partes e dos pedidos das AIJEs em questão, afirmando-lhes a diferença. Por fim, faz-se menção a *ratio decidendi* de alguns precedentes, segundo os quais só haveria litispendência em caso de tríplice identidade nas ações entre partes, pedido, e causa de pedir – AIJE 060175489/DF³⁵⁶; Agravo Regimental em Agravo de Instrumento (AgR-AI) 513/PI³⁵⁷. Temos, aqui, o respeito aos precedentes exigido pelos dois autores.

³⁵³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601771-28.2018.6.00.0000**. AIJE, ainda não julgada, oferecida pela Coligação “O povo feliz de novo” em face de Jair Messias Bolsonaro, Antonio Hamilton Mourão, Luciano Hang, Quick Mobile Desenvolvimento de Serviços Ltda, Yacows Desenvolvimento de Software Ltda, Croc Services Soluções de Informática Ltda, SMS Market Soluções Inteligentes Ltda e WhatsApp Inc, acerca do disparo em massa de mensagens com conteúdo falso. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/tse-decisao-ministro-og-fernandes-aije-0601771-28-em-12-06-2020/view>. Acesso em: 02 jun. 2021.

³⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601968-80.2018.6.00.0000**. Ainda não julgada. Os representados são acusados de (i) contratarem empresas especializadas em *marketing* digital para procederem ao disparo de mensagens com conteúdo falso via *WhatsApp* contra os oponentes da chapa de Jair Bolsonaro nas eleições 2018. Relator: Min. Og. Fernandes. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/234430087/processo-n-0601968-8020186000000-do-tse>. Acesso em: 19 ago. 2021.

³⁵⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil coletivo**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 108.

³⁵⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601968-80.2018.6.00.0000**. AIJE, ainda não julgada, oferecida pela Coligação “O povo feliz de novo” em face de Jair Messias Bolsonaro, Antonio Hamilton Martins Mourão, Flávia Alves, Lindolfo Antonio Alves Neto e Marcos Aurélio Carvalho, imputando-lhes a prática de abuso de poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/234430087/processo-n-0601968-8020186000000-do-tse>. Acesso em: 01 jun. 2021.

³⁵⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 513/PI**. As sanções

Para finalizar a rejeição da litispendência, o Relator traz à tona argumento consequencialista e levando em consideração consequências jurídicas. Segundo ele, alterações trazidas pelo CPC e pela LC 135/2010 teriam aproximado a disciplina das ações eleitorais em que se cassam mandatos do processo coletivo, o que criaria a possibilidade de se reconhecer a litispendência a partir da similaridade da relação jurídica-base ou na identidade parcial entre causa de pedir e pedido. Ocorre que adotar tal posição alijaria da discussão um dos legitimados ativos para a propositura da lide, o que, de acordo com doutrina de Roberta Maia Gresta por ele citada³⁵⁸, tornaria o primeiro legitimado a agir titular absoluto da prerrogativa de formatar e conduzir a discussão de uma questão coletiva. Aqui, há um equívoco: como o MP sempre atua como *custos legis* nos processos eleitorais, poderia ele assumir o polo ativo se o primeiro legitimado desistisse da ação. Não há, portanto, o controle absoluto referido. De qualquer maneira, o que importa no ponto é o uso do argumento consequencialista focado nas consequências jurídicas, argumento esse prestigiado por MacCormick e pelo art. 21 da LINDB.

Note-se também que há, na argumentação levantada, determinação de regras-padrão para utilização da hipótese normativa da litispendência. O desenvolvimento da argumentação para afastá-las deu-se por etapas que esclareceram o conteúdo normativo e o conteúdo concreto da ação usado para aferir a existência de litispendência, como recomenda Alexy. Houve, assim, um progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude as quais explicitam os caracteres das ações em julgamento. Foram utilizadas premissas jurídicas e não jurídicas. Essas últimas correspondem ao risco trazido pelo fato de só um legitimado conduzir isoladamente ações eleitorais. Quanto a esse ponto, serve à derrotabilidade de MacCormick.

Existem outras preliminares: as de conexão e continência. O Relator começa definindo as hipóteses legais em que elas se fariam presentes, citando o art. 55 do CPC, segundo o qual

decorrentes da prática de captação ilícita de sufrágio e de abuso do poder econômico incidem nas hipóteses em que o Agente eleitoral tem ciência inequívoca da infração conforme assentado à luz do caso concreto. 2. No caso sub examine, o Tribunal Regional Eleitoral do Piauí, soberano na análise das provas, concluiu, segundo as circunstâncias do caso concreto, que houve prática de abuso do poder econômico lastreado na captação ilícita de sufrágio. Assentou também a inequívoca ciência do Autor com relação à distribuição das vantagens aos eleitores e à existência da gravidade das condutas para influenciar no resultado do jogo político. Frise-se, por oportuno, que os fatos trazidos na presente AIME, embora semelhantes àqueles narrados na AIJE 293-são mais abrangentes na medida em que envolvem, além da distribuição de bonés, camisetas e viseiras, a realização de atendimentos médicos em prol da candidatura dos Impugnados. Precisamente por isso, não se revela possível cogitar-se litispendência entre as referidas ações. Relator: Min. Luiz Fux, 14 de setembro de 2016.

³⁵⁸ GRESTA, Roberta Maia. O problema da identidade entre ações eleitorais: da litispendência e da coisa julgada à ação temática eleitoral. **Revista Ballot**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 286-312, 2016, p. 17.

reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. O § 1º do dispositivo determina que os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado. Já o § 3º reza que serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles. O Relator, usando a interpretação genética, defende que “o legislador se preocupou que, em se tratando de ações com causa de pedir ou pedido comum, a harmonia dos julgados seja sempre preservada”. Sustenta que há outra motivação do legislador a ser preservada: a economia processual.

Com base nesses dois valores, coerência e economia processual, o Relator traz à tona a derrotabilidade - defendida por MacCormick - da disposição que obriga o julgamento conjunto de ações conexas. Para ele, não há obrigatoriedade, mas faculdade, sempre que preservados os valores da harmonia entre os julgados e da economia processual, o que não ocorre quando duas ações estão em momentos procedimentais muito diversos, por exemplo. Eis os termos que utiliza:

Não é porque existe conexão que dois ou mais processos necessariamente deverão ser reunidos para instrução e julgamento conjunto. Desde que restem assegurados os já indicados valores da harmonia entre os julgados e da economia processual, a incidência do efeito da reunião de processos consubstancia escolha do magistrado, o qual, observando os requisitos legais, deverá analisar a oportunidade e a conveniência de fazê-lo.

Em outro trecho do voto, sustentando o afastamento das regras em benefício de outros valores como celeridade, organicidade dos julgamentos, interesse público e o bom andamento da marcha processual, diz o seguinte:

Em que pese a regra geral do art. 96-B da Lei 9.504/97 disponha que serão reunidas para julgamento comum as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato, o dispositivo comporta interpretação – conforme os precedentes –, e no caso concreto penso que a celeridade, a organicidade dos julgamentos, o bom andamento da marcha processual e o relevante interesse público envolvido, recomendam seja mantida a separação.

O Relator cita a doutrina de Daniel Assumpção Neves³⁵⁹ e de Luiz Fernando Casagrande Pereira³⁶⁰, além de precedentes do TSE (REspe 3-48/MS³⁶¹, AI 28.353/RJ³⁶² e RO 151449/AP³⁶³)

³⁵⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 206

para reforçar sua tese. Nota-se, portanto, respeito à dogmática a aos precedentes, como exige Alexy. A propósito, em relação a esse autor, é claro que haverá pontos relacionados à teoria geral do discurso que não se aplicam plenamente ao discurso jurídico usado nas cortes e precisam ser adaptados, em especial por conta de limitações temporais. Pensemos na regra “Quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos” ou na regra de transição “para qualquer falante em qualquer momento pode-se passar a diferentes discursos”. As limitações temporais do processo - afinal, tem que servir à solução de um problema posto pelas partes - e as regras de preclusão postas no CPC impedem que essas regras sejam exigidas em sua plenitude.

Voltando ao raciocínio que fundamentou a rejeição da preliminar de conexão, seu desenvolvimento deu-se paulatinamente, exibindo-se as etapas que: a) tornaram claro o conteúdo normativo (foram examinadas as normas que preveem a conexão); b) mostraram as características das ações envolvidas (analisaram-se os elementos identificadores das ações o andamento processual), e desembocaram na norma concreta que impediria a conexão no caso epigrafo. Mais uma vez, utilizou-se o argumento consequencialista – no sentido dado por MacCormick³⁶⁴ - o que se fez asseverando que “reunir as ações tumultuaria sobremaneira o andamento processual, vez que em todas elas, é preciso conceder aos réus o direito de se manifestar sobre qualquer documento ou alegação nova”.

As premissas não jurídicas também são exibidas, como exige Alexy. De acordo com o voto:

[...] as necessidades de efetivação da segurança jurídica e do princípio democrático recomendam que as ações com potencial para a cassação de mandatos cheguem a um termo final sempre no prazo mais exíguo possível, a fim de que os representantes eleitos possam exercer os poderes a eles conferidos de forma incontestada e sem sobressaltos. A confiança nas instituições e a

³⁶⁰ PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Ações eleitorais: atualidades sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada. **Revista Ballot**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 251-279, 2015, p. 263.

³⁶¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 3-48/MS**. A litispendência entre ações eleitorais pode ser reconhecida quando há identidade entre a relação jurídica-base das demandas, o que deve ser apurado a partir do contexto fático-jurídico extraído do caso concreto. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 10 de dezembro de 2015.

³⁶² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo de Instrumento 28353/RJ**. Para fins de conformação do abuso de poder, é imprescindível, a presença de um conjunto probatório seguro, a demonstrar a efetiva ocorrência dos ilícitos imputados. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 31 de maio de 2019.

³⁶³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 151449/AP**. A conveniência ou não da reunião de processos decorrentes de eventual conexão ou continência é faculdade do juiz, porquanto cabe a este administrar o iter processual. Relatora: Min. Laurita Vaz, 07 de agosto de 2013.

³⁶⁴ Recordemos que para MacCormick o que importam são as consequências jurídicas, e não as de outros campos do conhecimento.

estabilidade delas constituem bens jurídicos basilares e fundamentais para qualquer democracia, valores dos mais caros a qualquer nação, razão pela qual, eventuais turbações ou questionamentos quanto a sua plenitude devem ser extirpadas rapidamente, quando não evitados ao máximo.

Para finalizar o trato da conexão, o TSE ainda lança mão do art. 97-A da Lei 9.504 que define como duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo o prazo máximo de um ano. Apela-se, portanto, para a interpretação sistemática, para a coerência e para a consistência, elementos prestigiados nas teorias de Alexy e MacCormick.

Ainda no trato das preliminares, o TSE rejeita a tese dos réus de inépcia da inicial. Para eles, o art. 22 da LC 64 dispõe que ao propor a AIJE, o representante deverá relatar fatos e indicar provas, indícios e circunstâncias do uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social. Segundo os réus, a petição inicial não teria sido instruída com provas de indícios mínimos, já que lastreada apenas em matéria jornalística sem amparo fático e essa não teria sido juntada à inicial. Outrossim, as mensagens falsas impulsionadas via WhatsApp também não teriam sido apresentadas. O TSE afasta a tese esclarecendo o conteúdo do art. 22, *caput*, o qual permitiria apenas a apresentação ou a relação de evidências, ainda que indiciárias da ocorrência do ilícito. Em seguida, acrescenta-se que o representante juntou série de matérias jornalísticas à peça inaugural e que nela transcreve-se link que direciona à reportagem. Cita precedentes³⁶⁵ segundo os quais não seria inepta a “petição inicial que descreve fatos e fundamentos do pedido e possibilita à parte o efetivo exercício do direito de defesa, corroborada com início de prova documental”^{366 367}. Destaca que “os elementos mínimos a embasar a acusação encontram-se postos” e que “os indícios apresentados pela representante, ainda que primários, mostram-se suficientes à propositura da ação, porquanto a colheita de provas se faz no curso da instrução

³⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 060182324/DF**. O candidato supostamente beneficiado pelo abuso de poder é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de investigação judicial eleitoral, ainda que a conduta investigada não seja a ele atribuída. Relator: Min. Jorge Mussi, 26 de setembro de 2019; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 165.826/RO**. Não é inepta a petição inicial que descreve fatos e fundamentos do pedido e possibilita à parte o efetivo exercício do direito de defesa, corroborada com prova indiciária. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 25 de outubro de 2018; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 1547-81/DF**. Compete à Justiça Eleitoral, com base na compreensão da reserva legal proporcional, verificar, com fundamento em provas robustas admitidas em direito, a existência de grave ilícito eleitoral suficiente para ensejar as excepcionais sanções de cassação de diploma e declaração de inelegibilidade. Relator: Min. Herman Benjamin, 12 de setembro de 2018.

³⁶⁶ *Ibidem*.

³⁶⁷ *Ibidem*.

processual”. Afastou-se, com base nesses argumentos, a inépcia. Presentes, novamente, elementos que denotam racionalidade. Há obediência à legislação, respeito ao precedente, esclarecimento do conteúdo da norma e passagem gradual à norma mais concreta, com o exame daquilo que, juntado à petição inicial, caracterizaria início da prova documental.

Na última preliminar, aparece um traço de irracionalidade, considerando os parâmetros de Alexy e MacCormick, que acaba por contaminar o mérito. Tal traço consiste na contradição do falante (o TSE) e na quebra da consistência, as quais passam a ser exploradas.

O TSE examinou um pedido de produção de provas pelo autor. Lembremos que no tópico anterior o TSE afirmara que a colheita de provas se faria no curso da instrução processual e que bastariam elementos indiciários mínimos para a propositura da ação. Pois bem, ao indeferir pedido de prova, o TSE alega que: a) ao processo eleitoral incidem as regras dispostas no art. 373 do CPC, as quais fazem recair sobre o autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito. b) a ampliação dos poderes instrutórios do juiz pelo art. 3º da LC 64 deve ocorrer nos “limites do que predefinido como pedido e causa de pedir pelo autor” e a iniciativa probatória estatal, se levada a extremos, levaria à parcialidade do juiz.

Foram requeridas, dentre as providências, as oitivas dos donos das empresas de marketing responsáveis pelos disparos da mensagem e requisição de relatórios contábeis e notas fiscais, contratos e relações de clientes relativos ao período eleitoral das empresas Havan Lojas de Departamento Ltda., AM4 BRASIL Inteligência Digital Ltda., *Quick Mobile* Desenvolvimento e Serviços Ltda., *Yacows* Desenvolvimento de Software Ltda., *Croc Services* Soluções de Informática Ltda. e *SMSMarket* Soluções Inteligentes Ltda. Pediu-se também que a Folha de S. Paulo encaminhasse as notas fiscais que evidenciavam os contratos de campanha de Jair Bolsonaro com as empresas citadas. Parece claro que os pedidos de prova possuem relação direta com o que fora alegado na inicial.

Ora, se permite-se que a ação seja oferecida com indícios sob o argumento de que a prova se faz no curso de instrução processual, como indeferir a sua produção pedida pelo autor afirmando que isso corresponderia à ampliação dos poderes instrutórios do juiz? Aqui, parece claro que o falante se contradisse, o que ofende a regra de não-contradição de Alexy e a coerência de MacCormick. Cria-se ao autor tarefa impossível, a de provar os pontos afirmados na inicial sem ter como levar adiante a instrução probatória. Tal contradição foi afirmada num voto

divergente de Edson Facchin, o qual pontuou que considerava “contraditório negar prova e julgar improcedente por ausência de prova”.

Ao negar o pleito, o TSE ainda afirmou a desnecessidade da prova e a circunstância das medidas implicarem quebra dos sigilos constitucionais e do segredo do negócio. Citou precedentes do TSE que condicionariam o afastamento dos sigilos constitucionais à decisão fundamentada em elementos concretos e demonstração da absoluta imprescindibilidade da medida. Faltou, nesse ponto, saturação. A afirmação desse precedente, por si, não basta a demonstrar que a situação concreta deve ser por ele regulada.

O pedido havia sido indeferido antes da prolação do acórdão. Ocorre que o próprio TSE reconheceu que houve mudança no quadro fático em relação aos primeiros indeferimentos. O Relator informou que, após esses, foram prestadas novas informações por “*WhatsApp INC*” dando conta de que recuperara dados sobre duas contas indicadas pelas operadoras de telefonia como pertencentes às empresas e pessoas envolvidas na divulgação que já haviam sido banidas pelo envio de *spam*. Porém, para o Relator, essa mudança foi irrelevante, já que os autores não teriam se desincumbido do seu ônus de trazer “*print* de mensagens”. Ademais, as empresas envolvidas prestavam serviço de marketing, o que poderia explicar o “*spam*”. Ora, como exigir que os autores se desincumbissem desse ônus se apenas o Judiciário teria os meios para possibilitá-los que o fizessem? A obtenção de mensagens exige quebra de sigilo telemático. Os documentos requeridos poderiam apontar uma fonte dessas mensagens e possibilitar um pedido direcionado de mitigação de sigilo telefônico e telemático. Diante desse quadro, irrecusável a conclusão de que houve contradição entre a proibição de produzir prova e o julgamento de improcedência por ausência delas.

Previsível a solução de mérito, depois que a instrução foi ceifada.

A primeira imputação é a de contratação de empresas especializadas em marketing digital por outras, apoiadoras de Jair Bolsonaro, para o disparo de mensagens contra o PT e o PDT. De um lado, o TSE impede o autor de obter a relação de clientes das empresas; de outro sustenta que “não há nos autos um único elemento apto a comprovar a suposta contratação do serviço de impulsionamento”. Negado o acesso à relação de contratantes, torna-se quase impossível demonstrar a contratação.

A segunda acusação é a de utilização de base de dados de usuários fornecida por empresas de estratégia digital. Novamente, sem os documentos que demonstrariam as atividades das empresas, como provar que base de dados foram usadas?

O Relator faz referência ao julgamento da prestação de contas do candidato investigado para reforçar a argumentação pela negação das provas. Eis o que se disse:

[...] a Assessoria de Exame de Contas Eleitorais e Partidárias (ASEPA) procedeu às diligências de circularização em relação às empresas *WhatsApp*, *Google*, *Facebook*, *Twitter* e *Instagram*, com o objetivo de identificar a contratação de impulsionamento de conteúdos na rede mundial de computadores (ID 1463638), sobrevivendo respostas negativas por parte dessas empresas quanto ao candidato eleito Jair Messias Bolsonaro e seu partido. Inclusive, a empresa *WhatsApp*, em sua resposta (ID 1706188), informou categoricamente a inexistência de contratação desses serviços sobretudo em razão de se tratar de um aplicativo de envio de mensagens privadas. (grifos do original)

O mesmo Relator que utiliza a conclusão da assessoria do TSE em prestação de contas para afastar a necessidade de produção de prova afirma que os processos de prestação de contas não servem a investigar com profundidade fatos que possam caracterizar abuso de poder econômico ou político. Como conciliar essa última posição com a que lança mão da prestação de contas para evitar a produção de prova em AIJE?

Restam ainda duas acusações. A de que houve doação não declarada de pessoa jurídica e a de utilização de valores acima do limite permitido para gastos nas eleições quanto à doação da pessoa jurídica. Previsível o fim que as acusações teriam diante do cerceamento da produção de prova. O Relator afirmou que o autor não se desincumbiu do ônus da prova, posto no art. 373 do CPC, quanto a elas.

Nesse tema, vale ressaltar que o TSE se utilizou da técnica do “*distinguishing*”, apontada por Alexy como uma das maneiras adequadas de se utilizar precedente nas teorias da argumentação examinadas. Na AIJE 0601369-44, o colegiado autorizou a produção probatória para identificar os autores da conduta de disparos de mensagens em redes sociais (na hipótese, o “*Facebook*”). O TSE utilizou como elemento distintivo o fato de considerar que no caso em julgamento, as provas requeridas não se prestariam à demonstração da causa de pedir, diversamente do que ocorrera no precedente.

Houve também falha de racionalidade quanto ao equivocado uso de precedentes. Veja-se que tal só se pode afirmar quando as hipóteses comparadas possuem diferenças absolutamente

relevantes. Aplicou o Relator como reforço argumentativo precedente em que se afastavam do conceito de propaganda eleitoral extemporânea mensagens enviadas por aplicativos que não seriam abertas ao Público, como as de “*WhatsApp*”, “*Facebook*” ou “*Instagram*”. Nesse julgado, por considerar a posição de destaque que a liberdade de expressão teria num juízo de ponderação, TSE sustentou que o pedido de votos realizado em ambiente restrito do aplicativo WhatsApp não se enquadraria no conceito de propaganda eleitoral extemporânea. Veja-se que no caso o TSE cria uma regra de uso de linguagem, nos termos definidos por Alexy, por meio de interpretação sistemática. No entanto, nada disso deveria se aplicar ao caso em pauta, o qual trata de hipótese de abuso de poder econômico. É perfeitamente possível não haver propaganda eleitoral extemporânea e ainda assim, existir o abuso. Por isso, desrespeitosa à teoria de argumentação a posição do TSE ao aplicar precedente que define propaganda extemporânea para afastar abuso de poder.

Impossível não notar, ainda, para a rejeição do pedido, o uso de valores próprios do ramo do Direito em questão, o Direito Eleitoral, como apregoado por MacCormick. Cita-se o respeito à vontade popular para definir que a cassação de mandato só deve ocorrer se houver intenso comprometimento da legitimidade do pleito e severa gravidade e lesividade das condutas.

Façamos agora um balanço geral da decisão do TSE, o qual será utilizado ao final na compilação das conclusões da pesquisa. Há de se reconhecer que a maioria dos caracteres que segundo Alexy e MacCormick colaborariam para uma decisão racional se fez presente. Muitos critérios de racionalidade foram obedecidos. Fundamentou-se o que se afirma; há clara pretensão de universalidade no que se defende; não há indício de falta sinceridade do falante, já que não há nada que indique parcialidade; a derrotabilidade se faz presente; não se apela a nenhuma regra moral, por isso desnecessária a análise; nada indica ofensa à generalizabilidade; permite-se a transição entre discursos; utilizaram-se silogismos, respeitando-se a justificação interna; levantaram-se regras padrão para utilização da hipótese normativa e para o uso de palavras; houve progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude e combinação das etapas da argumentação que esclarecem o conteúdo normativo e o caso concreto; foram explicitadas as premissas jurídicas e não-jurídicas e utilizadas a dogmática e precedentes; aplicaram-se cânones de interpretação, mais especificamente a sistemática e teleológica; na maioria das vezes houve saturação dos argumentos; analisam-se consequências normativas e aplica-se a regra da maioria para decisão.

As ofensas à irracionalidade vieram de quatro posturas: a) contradição no que toca à proibição de produção de prova e posterior julgamento improcedente pelo fato dos autores não terem se desincumbido do ônus probatório; b) uso equivocado dos precedentes, aplicando-o a hipótese substancialmente diferente do acórdão paradigma; c) contradição em relação à força probante daquilo que se produz em ação de prestação de contas; d) falha na saturação quanto ao argumento de que precedentes do TSE condicionam o afastamento dos sigilos constitucionais à decisão fundamentada em elementos concretos e demonstração de imprescindibilidade da medida.

Ao final, esses dados serão comparados com os das outras decisões a fim de se tentar traçar o quadro comparativo e se verificar se existe algum padrão de racionalidade próprio nos julgados do TSE. Como se mostrará na conclusão, o mero fato de haver desobediência a um ou outro critério de Alexy ou MacCormick não bastará a taxar uma decisão de irracional.

5.3.1.2 Dos autos 0000010-32.2015.6.03.0000³⁶⁸ e 0002227-82.2014.6.03.0000³⁶⁹

³⁶⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0000010-32.2015.6.03.0000/AP**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

³⁶⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0002227-82.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

Os autos epigrafados foram julgados conjuntamente em virtude de conexão. Com eles também julgaram-se os autos que receberam o número 30 no “*sampling frame*”, os de numeração 0002229-52.2014.6.03.0000³⁷⁰. Há uma decisão só, portanto, para todos. É ela que passamos a examinar.

Nas 68 páginas do acórdão, o TSE julgou seis recursos ordinários manejados contra condenações proferidas nas duas AIJEs em destaque, além de outras vindas de quatro representações por conduta vedada e captação ilícita de sufrágio: 2230-37.2014³⁷¹, 2209-61.2014³⁷², 2220-90.2014³⁷³ e 2227-82.2014³⁷⁴. Nosso foco recairá sobre os capítulos do acórdão

³⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0002229-52.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

³⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2230-37.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

³⁷² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2209-61.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de

relativos às AIJEs.

A imputação é a de que o Prefeito da cidade de Santana, no Estado do Amapá, Robson Rocha, teria contratado servidores temporários, supostamente com base no art. 37, IX, da CF/88, e em lei municipal, com a finalidade de que votassem e fizessem campanha para sua irmã, Mira Rocha, candidata a Deputada Estadual, e Marcos Reátegui, candidato a Deputado Federal no pleito de 2014. Grande parte dos contratos foi rescindida após as eleições. O TRE-AP julgou parcialmente procedente as AIJEs para condenar Mira Rocha e Robson Rocha impondo-se a inelegibilidade pelo prazo de oito anos após a eleição de 2014 e a cassação do diploma e do mandato eletivo. Foram manejados Recursos Ordinários pelos condenados e pelo MP Eleitoral. Passemos ao exame do acórdão do TSE que os julgou.

Iniciemos pelo trato da litispendência alegada por Marcos Rocha. Segundo ele, o fato de duas AIMEs terem sido julgadas improcedentes pelo TRE-AP impediria que se julgassem procedentes as AIJEs “diante das mesmas provas, por força de simples alteração da sua composição”. O TSE afasta a alegação utilizando-se de precedentes e fixando regras de utilização

contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

³⁷³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2220-90.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

³⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2227-82.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

de hipótese normativa. A Relatora, Rosa Weber, cita o REspe 3-48³⁷⁵, relatado por Henrique Neves, em que se afirma que só há litispendência entre feitos eleitorais quando há plena identidade de fatos e provas já examinadas pela instância julgadora no feito anterior.

Fixada a premissa maior, Rosa Weber argumenta que não existe plena identidade de provas entre as duas AIMEs julgadas em primeiro lugar e as AIJEs em pauta. Pontuou que novas evidências, obtidas seja por meio de busca e apreensão na prefeitura, seja pela oitiva de testemunhas não ouvidas antes, alteraram substancialmente o conjunto probatório. Nota-se, aqui, respeito aos precedentes, uso de silogismo – o que garante justificação interna – fixação de regras padrão para utilização da hipótese normativa, desenvolvimento da argumentação em etapas esclarecendo o conteúdo normativo e o caso em concreto e o caminhar progressivo quanto às normas de maior concretude.

O TSE conclui seu raciocínio sobre a litispendência sustentando que por não ter ocorrido ainda o trânsito em julgado dos acórdãos proferidos pelo TRE-AP, a discussão sobre existência ou não de litispendência e alteração do entendimento do tribunal *a quo* não tem relevância. Aqui, é preciso pontuar, há equívoco quanto à saturação, fixação de premissas, combinação do desenvolvimento de argumentação de etapas que esclareçam o conteúdo normativo e o caso em concreto, e uso de silogismo. Não se esclareceu o conceito de litispendência – ou seja, não se fixou a premissa maior do silogismo – antes de se concluir que o fato de não ter havido trânsito em julgado tornava a discussão irrelevante. Muito provavelmente essa suposta falha na exposição de premissas ocorreu pelo fato de o conceito ser bastante conhecido de todo operador do mundo jurídico. Por isso, pode-se considerar que não foram trazidos grandes prejuízos à racionalidade.

Olhemos agora o quanto se disse sobre a contratação de servidores temporários no Município de Santana. Rosa Weber inicia pela análise da prova transcrevendo o que havia sido dito sobre ela por uma juíza do TRE-AP, Stella Ramos. Segundo essa, haveria prova robusta de que a Prefeitura de Santana, comandada por Robson Rocha, foi utilizada sistematicamente com fins eleitoreiros no pleito de 2014. Ocorre que nos trechos transcritos só são expostas as conclusões da juíza, sem qualquer referência ao conteúdo da prova. Para justificar essa omissão, Rosa Weber informa que a juíza Stella Ramos, que realizou as oitivas das testemunhas e teve

³⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 3-48/MS**. A litispendência entre ações eleitorais pode ser reconhecida quando há identidade entre a relação jurídica-base das demandas, o que deve ser apurado a partir do contexto fático-jurídico extraído do caso concreto. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 10 de dezembro de 2015.

contato direto com os depoentes é quem tem melhores condições de avaliar a sua credibilidade, por ter presenciado o comportamento e as reações durante os seus testemunhos.

Vale ressaltar que, no momento da prolação do acórdão, vigia ainda o antigo CPC de 1973, cujo art. 132 previa o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual o juiz que presidisse a audiência deveria prolatar a sentença. Ao que parece, o TSE perscrutou posição do legislador acerca dos valores a serem realizados pela legislação, utilizando-se, assim, o argumento transcategorico de MacCormick. Note-se, porém, que embora haja doutrinadores³⁷⁶ que apoiem a posição de Rosa Weber, há severas dúvidas sobre ela. Eduardo José da Fonseca Costa, em obra sobre a imparcialidade dos juízes, sustenta que a oitiva de testemunhas pelo magistrado que proferirá a sentença traz “risco de graves distorções cognitivas e, por via de consequências, de arbitrariedades judiciais”³⁷⁷.

Importante ressaltar a ausência de qualquer justificção e, portanto, saturação, já que não existe fundamentação quanto ao tema além da afirmação de que o juiz que teria feito a audiência reuniria maiores condições de examinar a prova. De omissão da justificção exsurge irracionalidade.

Relata o TSE que o TRE-AP, ao julgar a AIJE improcedente, considerou que a prova da contratação indevida de servidores temporários para trabalhar nas eleições era meramente testemunhal e que depoimentos prestados apenas após as eleições por quem poderia se beneficiar ao ser testemunha não mereceriam fé. Para afastar essa posição, o TSE fixa regra padrão para a hipótese normativa, ao dizer que o art. 368-A do CE veda a perda do mandato com base no depoimento “de uma única pessoa, não se referindo de forma alguma à hipótese, como a dos autos, de múltiplos depoimentos”.

Com base na interpretação semântica, a Relatora acrescenta que a prova testemunhal, diversamente do dito pelo TRE-AP, “não pode ser descartada simplesmente porque o depoente não denunciou uma irregularidade de imediato ou mesmo dela se beneficiou”. Lança mão também de forma especial de argumento jurídico da redução ao absurdo ao concluir “fosse assim, por exemplo, no processo penal, não seria possível considerar informações fornecidas por quem também tivesse cometido um crime”.

Esclarecidas as premissas normativas, continua o TSE destacando os caracteres concretos

³⁷⁶ PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 81.

³⁷⁷ COSTA, E. J. da F. **Levando a imparcialidade a sério**. Salvador: Juspodium, 2018, p. 142.

do caso. São relatados os conteúdos de vários depoimentos de pessoas que foram contratadas e que disseram terem sido informadas que deveriam votar na candidata Mira Rocha e Marcos Reategui. Diversas delas também relataram a presença dos candidatos Mira, Marcos e do prefeito Robson em reuniões em que se pedia voto: Jennifer Coelho, Gabriel Moreira, Darlindo Pereira – que relatou que não eram pedidos votos para Reátegui - e Maicon de Souza Santos. Apontaram-se ainda testemunhas de defesa. Antoni Gilberto de Sousa teve a credibilidade afastada por ser réu condenado em ações relativas aos mesmos fatos. Herica de Souza Goes informou que não foi obrigada a participar de reuniões e que acreditava ter isso exonerada por necessidade de cortes de custos da folha da prefeitura. Almir Fernandes de Holanda relatou não ter sofrido pressão nem visto seus colegas sofrerem, mas o TSE destacou que ele tem situação diferenciada por ser servidor concursado do município. Yan Martins Sena, contratado como temporário, negou ter sofrido pressão. O TSE viu o seu depoimento com reservas por ele ter admitido vínculo de amizade com Robson Rocha e estar em situação de submissão pela contratação temporária.

Mencionou-se ainda a oitiva de um servidor do MPF, segundo o qual foram instaurados cerca de 200 procedimentos no MPF e 15 geraram ações. 8 ou 9 pessoas dentre as ouvidas narraram que tinham contratos temporários com a prefeitura e que foram obrigadas a trabalhar em campanha durante o pleito de 2014. Algumas foram demitidas após o primeiro turno. Todos teriam mencionado, segundo ele, a campanha de Mira Rocha, e alguns a de Marcos Reátegui.

O TSE também trouxe argumento lastreado em documentos contra a tese da defesa segundo a qual a demissão dos temporários se deu por crise financeira. Para o TSE, os dados sobre a finanças do município mostram que os repasses feitos para os cofres municipais de arrecadação de Imposto sobre Propriedades de Veículos Automotores (IPVA) e Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) subiram de 51,5 milhões para 52,6 milhões. Ademais, houve contratações e renovações de contratos em 2014 em número significativamente maior que em 2013. Utilizando-se desses argumentos empíricos, o TSE conclui que o aumento da arrecadação dá mais substância à tese de que os contratados foram demitidos por terem se tornado dispensáveis após as eleições ou como punições por não terem aderido à campanha da irmã do prefeito, Elmira.

Ao tratar dos contratos temporários, Rosa Weber esclarece que o art. 37, XI, da CF/88, na leitura que lhe foi dada por precedente do STF utilizado – Recurso Extraordinário (RE) 658026 –, não permitiria contratações para as funções de gari, assistente administrativo e motorista. Mais

uma vez, temos o uso do precedente, a exposição de hipótese normativa e o confronto com o caso concreto, em obediência à estrutura silogística.

Concluiu a Relatora pela responsabilização de Elizalmira do Socorro Rocha Freires (Mira Rocha), por ter praticado condutas correspondentes ao abuso do poder econômico e político.

Quanto ao candidato a deputado federal Marcos Reátegui, ao julgar o recurso do MP, o TSE relata que o recorrente sustentou ser incontroverso nos autos o apoio do Prefeito de Santana Robson Rocha ao candidato, e que testemunhas apontaram que Reátegui esteve presente em diversas reuniões na casa do prefeito em que houve pedido de votos para ele. O MP também teria alegado que as testemunhas Raimundo de Sousa, Jeniffer Coelho e Gabriel Rocha Moreira confirmaram que a permanência no quadro de servidores da prefeitura era condicionada ao apoio às candidaturas de Mira Rocha e Marcos Reátegui.

O TSE exhibe concordância com a tese do recorrente de que basta ao candidato se beneficiar da conduta para ser por ela punido, não havendo que se falar de responsabilização subjetiva. Fá-lo expondo o teor da norma do art. 21, XVI da LC 64/90 e citando doutrina e diversos precedentes.

Ao fixar os requisitos para configuração do abuso – como deve fazer, já que para fins de racionalidade deverá estabelecer regras padrão para utilização da hipótese normativa e fixar premissa maior do silogismo jurídico - , lembra que o artigo referido exige que haja gravidade das circunstâncias que caracterizam o abuso. Rosa Weber lança mão, novamente, de precedentes e da doutrina para sustentar que haverá gravidade se os fatos gerarem desequilíbrio na disputa ou evidente prejuízo potencial à lisura do pleito. Destaquemos que a nova redação do art. 21, XVI, da LC 64 substituiu o critério de potencialidade para alterar o julgamento das eleições pela gravidade já referida, como explicado no capítulo 4.

Fixando o conceito de gravidade, o TSE utiliza argumentos linguísticos e fixa padrão para o uso do termo. A questão que sobra a ser respondida é se Marcos Reátegui praticou conduta grave suficiente para ser considerada abuso de poder econômico ou político.

Para a Relatora: a) havia “algum tipo de apoio mútuo entre as candidaturas de Mira Rocha, para o cargo de deputado Estadual, e de Marcos Reátegui, para Deputado Federal”; b) ele participou de reuniões políticas organizadas no município de Santana; c) não há dúvidas de que houve pedido de voto em seu favor dirigidos aos servidores temporários do Município de Santana. Apesar disso, o pedido de condenação dele foi julgado improcedente. Por quê?

Segundo o TSE, a conclusão de existência de gravidade da conduta quanto a Mira Rocha não necessariamente deve ser adotada em relação a outro candidato para o qual também eram pedidos de votos. Isso porque não há segurança necessária para imposição da cassação quanto à contratação de servidores temporários para que votassem também em Marcos Reátegui. O TSE ainda afirmou que não estava claro se o esquema “visava beneficiar essencialmente a candidatura de Mira, que era a irmã do Prefeito, tendo Marcos Reátegui apenas se beneficiado de pedidos de voto porque fazia dobradinha com a candidata”.

Ao examinar a prova testemunhal, o TSE aponta que Raimundo Nonato Alves narrou que os pedidos se estendiam ao candidato a Deputado Federal Marco Reátegui, mas “toda ênfase era a candidatura de Mira Rocha” (sic). Falta, aqui, saturação: por que razão o pedido de voto não seria suficiente e como definir o grau de ênfase necessário?

Jennifer Coelho da Silva, continua a Relatora, afirmou ter recebido pedido de votos para Mira Rocha e Marcos Reátegui, mas relatou “pressão verdadeiramente apenas em prol da primeira, tanto que diz ter votado apenas nela”. Novamente, ausente a saturação: o que seria essa pressão verdadeira que não teria ocorrida quanto a Marcos, se para ele também se pediu voto? Vale lembrar que pela definição dada pelo próprio TSE, o abuso ocorre independentemente do resultado da pressão sobre o eleitor, já que para o critério da gravidade não importa mais o efetivo resultado sobre a eleição.

Rosa Weber cita também o testemunho de Maicon de Souza Santos, para quem “a pressão era mais pro (sic) lado da deputada Mira Rocha que pro (sic) Marcos Reátegui”. Vale aqui o quanto dito em relação ao testemunho de Jennifer.

Apesar da Relatora ter citado três testemunhas que reconhecem o pedido de voto para Marcos Reátegui no mesmo contexto fático de Mira Rocha, conclui que:

Assim, embora certo que houve pedido de votos para Marcos Reátegui, não há prova suficiente de que ele tenha se beneficiado das condutas configuradoras do abuso de poder com a gravidade que seria necessária para o reconhecimento da procedência de AIJE ou AIME, pois parte significativa da prova testemunhal é no sentido de que a **exigência** de voto e trabalho em campanha se voltava para a candidata Mira Rocha, havendo apenas **pedido** de votos para Marcos Reátegui (grifos do original).

Note-se, aqui, a contradição entre o tratamento dado a Mira Rocha e Marcos Reátegui. Parece haver ofensa à justiça formal outorgar tratamento tão discrepante sem a necessária

saturação que explicasse por que a conduta de pedir votos para servidores contratados temporariamente sob ameaça de demissão não seria grave? Para prestigiar a racionalidade, seria necessária a saturação para explicar por que o fato de se beneficiar como integrante de uma “dobradinha” (para usar a expressão da Relatora) seria relevante para afastamento da sanção, já que não se cogita de responsabilidade subjetiva, como asseverado pelo TSE nesse mesmo julgamento.

Finalmente, o TSE lança mão do seguinte argumento empírico: Mira Rocha teve 65% dos seus votos em Santana e apenas 16,01% na vizinha Macapá; Marcos Reátegui, 34,47% e 43,30% na segunda. Esqueceu-se a Relatora que o percentual de votos é irrelevante para o ponto; o que importa é o quantitativo em números absolutos; os 34,47% dos votos de Marcos Reátegui podem corresponder, em números absolutos, a mais votos que os 65% de Mira Rocha. Incompreensível, portanto, a referência a percentuais que incidem sobre bases de cálculos diferentes (as quantidades de votos que Mira Rocha e Marcos Reátegui tiveram). Omitiu-se aqui o dever de explicitar a premissa não-jurídica.

Façamos um balanço da decisão do TSE, o qual será utilizado ao final na compilação geradora das conclusões da pesquisa. A maioria dos caracteres que segundo Alexy e MacCormick colaborariam para uma decisão racional se fez presente.

Constatam-se no acórdão fatores positivos à racionalidade como a justificação interna e o uso do silogismo jurídico; a utilização de precedentes; o argumento transcategorico; a fixação de regras de uso de linguagem; a derrotabilidade; o estabelecimento de hipóteses normativas; a pretensão de universalidade; a sinceridade do falante; uso de tipo especial de argumento jurídico; transição entre discursos; o progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude; explicitação de premissas jurídicas e uso de cânones da interpretação. Ocorre que há falhas que obliteram essa tentativa de ser racional.

As ofensas à irracionalidade vieram destas posturas: a) contradição no que toca à definição do ato abusivo e a absolvição de Marcos Reátegui, o que acaba por lesar também a consistência; b) ausência de saturação para explicar o tratamento discrepante entre Marcos Reátegui e Mira Rocha, o que ofende a universalidade e a justiça formal; c) omissão de explicitação de premissa não-jurídica, o que torna o argumento de percentuais de votos obtidos incompreensível; d) ausência de saturação quanto à afirmação de que o juiz que faz a audiência tem maiores possibilidades de analisar a prova. Note-se que os vícios foram muito mais severos

quanto ao caso do Deputado Federal do que quanto ao da deputada estadual e do prefeito. Isso porque o único a ela relativo foi suprido posteriormente pelo exame aprofundado do conjunto probatório feito pela própria Relatora.

5.3.1.3 *Dos autos 0601851-89.2018.6.00.0000*³⁷⁸

Nesses autos, o TSE julgou AIJE oferecida por Jair Messias Bolsonaro, então candidato a presidente, e sua coligação em face de Fernando Haddad e Manuela Pinto Vieira D'Ávila, candidatos, respectivamente, a presidente e a vice, nas eleições de 2018, além de Fernando Luiz Alterio, Flavia Helena Schiavon e Luiz Oscar Niemeyer Soares sócios da Empresa "T4FEntretenimento". A imputação, de acordo com o Relator Jorge Mussi, era a de que os demandados teriam praticado ato ilícito caracterizado como abuso do poder econômico, com aproveitamento de imagem de artista mundialmente famoso, Roger Waters, em turnê no Brasil. Nos shows, teria havido prática ostensiva de propaganda eleitoral negativa contra Jair Bolsonaro. Os autores fundamentaram a demanda no art. 22 da LC 64, segundo o qual qualquer partido político, coligação, candidato ou MP Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político.

³⁷⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601851-89.2018.6.00.0000**. A petição inicial não é inepta quando presentes seus elementos essenciais e ausentes os vícios previstos no art. 330§ 1º, do CPC/2015. As partes não estão obrigadas a prestar depoimento pessoal, ante a falta de previsão na LC 64/90. O abuso do poder econômico caracteriza-se pelo emprego desproporcional de recursos patrimoniais (públicos ou privados), com gravidade suficiente para afetar o equilíbrio entre os candidatos e macular a legitimidade da disputa. Não configura prática abusiva a divulgação, em turnê de apresentações no País, sem aporte de recursos públicos, de opiniões pessoais de artista estrangeiro, condizentes com suas convicções políticas, com a veiculação de críticas a autoridades e empresários de diversas partes do mundo, as quais constituem mero exercício da garantia constitucional a todos assegurada de livre manifestação de pensamento. O candidato supostamente beneficiado pelo abuso de poder é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de investigação judicial eleitoral, ainda que a conduta investigada não seja a ele atribuída. Para se caracterizar o abuso de poder, impõe-se a comprovação, de forma segura, da gravidade dos fatos imputados, demonstrada a partir da verificação do alto grau de reprovabilidade da conduta (aspecto qualitativo) e de sua significativa repercussão a fim de influenciar o equilíbrio da disputa eleitoral (aspecto quantitativo). A mensuração dos reflexos eleitorais da conduta, não obstante deva continuar a ser ponderada pelo julgador, não constitui mais fator determinante para a ocorrência do abuso de poder, sendo agora revelado, substancialmente, pelo desvalor do comportamento. Relator: Min. Jorge Mussi. Disponível em: <https://pje.tse.jus.br:8443/pjeweb/Processo/ConsultaDocumento/listView.seamcomachave1902111955451620000002973834>. Acesso em: 09 ago. 2021.

Segundo o Relator, os autores pontuaram que:

- a) houve mensagem de cunho eleitoral transmitida em show de artista de renome mundial para público equivalente a população de cidades, a qual teria alcance para além do espaço em que realizado o evento, alcançando mídia e redes sociais e contaminando o juízo do eleitorado quanto à disputa presidencial de 2018;
- b) os shows podem ter utilizado, de acordo com o então Ministro da Cultura, Sérgio Sá Leitão, verbas públicas de 90 milhões de reais;
- c) a empresa organizadora, T4F, seria a maior beneficiária da Lei Rouanet do país e que entrevistas de seu presidente mostrariam oposição aos autores;
- d) seria de conhecimento comum que Roger Waters é ativista e que ao longo da sua apresentação feriam sido expostas imagens e textos contra o candidato Jair Bolsonaro, o qual foi chamado de ditador e torturador;
- e) Roger Water usou expressões utilizadas na campanha dos réus, como “#Elenão”;
- f) Seria inquestionável o conhecimento da empresa organizadora, uma vez que nos diversos shows de Roger Waters as manifestações contra Jair Bolsonaro foram proferidas e tudo foi amplamente noticiado pela imprensa. Ainda assim, a empresa manteve-se inerte.

Com base nos fatos alegados, os demandantes argumentaram, aponta o Relator, que haveria abuso de poder econômico em benefício da campanha dos candidatos representados, os quais teriam se beneficiado da propaganda nos shows.

Em sua defesa, sócios da T4F levantam estes contra-argumentos, para sustentar a improcedência:

- a) nenhum deles têm filiação com nenhum partido nem realizaram doações a ninguém que disputava o segundo turno das eleições presidenciais;
- b) os shows de Roger Waters não tiveram captação de patrocínio de Lei Rouanet;
- c) o conteúdo do show do artista é definido por ele mesmo, e é amparado pelas garantias de livre exercício de manifestação;
- d) a crítica do artista não pode ser considerada ilícita apenas por ser mordaz .

Os candidatos à disputa presidencial, Fernando Haddad e Manuela D’Ávila, alegaram que não há qualquer fundamento jurídico na petição inicial, já que o artista Roger Waters apresenta em seu show manifestações que refletem tão somente exercício da liberdade artística, de pensamento e de crítica previstos constitucionalmente e que em nenhum momento nos shows

seus nomes ou dos partidos que integram foram pronunciados pelo cantor. Frisam que a Secretaria Nacional de Fomento e Incentivo à Cultura já esclareceu que nenhum incentivo público foi dado aos shows. Alegam que a fala do Ministro do Estado em sentido contrário não é uma acusação concreta de propaganda irregular, além de não trazer qualquer prova. Destacam que não podem ser responsabilizados pelo fato de verba pública ter sido utilizada, razão pela qual a eles não devem ser atribuídos os ilícitos apurados. Tampouco poderiam ser responsabilidades pelos atos ou manifestações do artista, razão pela qual inexistiria fundamento para qualquer punição. Salientam que a contratação do artista e a divulgação dos shows se deu em dezembro de 2017, quase 10 meses antes das eleições. Informam que o termo “#Elenão” foi criado num grupo de *Facebook* sem relação com o Partido dos Trabalhadores. Por fim, sustentam que os atos não teriam potencialidade lesiva para influenciar o resultado do pleito.

O Relator Jorge Mussi começa tratando das preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade passiva. Quanto à primeira, afirma que a peça traz partes, pedido e causa de pedir, o que bastaria a concluir ter isso possibilitado o exercício do contraditório, da ampla defesa e a produção de provas. O Relator fixa as premissas maiores e menores do silogismo utilizando-se da dogmática e do respeito aos precedentes, quanto às primeiras, e do relato de sua impressão, ainda que bastante sucinta, quanto às segundas. Em relação aos precedentes, são citados os AgR-AI 45-05/MG³⁷⁹, o Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral (AgR-REspe) 41-85/SP³⁸⁰ e o Agravo de Instrumento (AI) 45-65/MG³⁸¹, todos do TSE.

Para afastar a ilegitimidade dos investigados, o TSE lança mão, novamente, da dogmática e dos precedentes. Cita decisões anteriores, como o REspe 478-21/MG³⁸²; RP 665-22/DF³⁸³, de acordo com as quais o TSE se filia à teoria da asserção, que reza que as condições da ação devem

³⁷⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 45-05/MG**. A peça de ingresso que contempla partes, causa de pedir e pedido, possibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa, além da produção de provas no curso da ação. Por isso, não há inépcia. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 10 de agosto de 2018.

³⁸⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 41-85/SP**. Se a petição inicial traz partes, pedido e causa de pedir, não há que se falar em inépcia. Relator: Min. Jorge Mussi, 03 de agosto de 2018.

³⁸¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo de Instrumento 45-65/MG**. A petição que descreve adequadamente partes, pedido e causa de pedir e permite o adequado exercício do contraditório não é inepta. Relatora: Min. Rosa Weber, 21 de novembro de 2017.

³⁸² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 478-21/MG**. As condições da ação devem ser aferidas em abstrato, à vista da descrição dos fatos feita na petição inicial. Relator: Min. Admar Gonzaga, 03 de outubro de 2018.

³⁸³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação 665-22**. A jurisprudência do TSE adota a teoria da asserção na análise das condições da ação. Relator: Min. Herman Benjamin, 01 de outubro de 2014.

ser aferidas segundo o afirmado na inicial. Quanto à responsabilização dos candidatos réus, destaca, mais uma vez consoantes julgados anteriores (Ação Cautelar 189-47/RO³⁸⁴), que basta que se beneficiem do ato para responderem pelos ilícitos.

Passando aos pedidos de produção de prova, o Relator indefere expedição de ofício ao Ministério da Cultura, oitiva de testemunhas e depoimento pessoal. Fundamenta os dois primeiros indeferimentos no art. 374, I, do CPC, segundo o qual não dependem de prova os fatos notórios. Não são dadas maiores explicações sobre o tema. Aqui, há falhas nos modelos de racionalidade de MacCormick e de Alexy que possuem pontos de intersecção. Em primeiro lugar, não foram fixadas regras para a utilização da hipótese normativa. Em segundo, não há progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude e tampouco combinação no desenvolvimento da argumentação de etapas que esclarecem o conteúdo normativo com as que esclarecem o caso em concreto. Finalmente, seria necessário concluir o raciocínio apenas quando se demonstra que a situação concreta corresponde à previsão normativa, mas como nada se diz acerca de quais fatos a serem provados pelos testemunhos seriam notórios, o acórdão não atende a esse requisito. A partir do momento em que deixam de ser fixadas as regras de uso da hipótese normativa, que corresponderiam à premissa maior no silogismo, as demais falhas sucedem-se naturalmente. Impossível haver o progressivo caminhar às normas de maior concretude, combinação das etapas no desenvolvimento da argumentação e a conclusão do raciocínio demonstrando que a situação concreta corresponde à previsão normativa sem a determinação do sentido dessa última.

Essas mesmas falhas são vistas na recusa em determinar a mitigação do sigilo bancário. Utiliza-se o Relator do argumento da desnecessidade para a solução da demanda e da excepcionalidade da medida, a qual só seria justificável se não houvesse outras providências probatórias menos gravosas para esclarecer os fatos. Fixada a premissa maior com base em entendimentos anteriores do TSE, falha o Relator ao determinar os caracteres do caso concreto, limitando-se a dizer que foram “amealhados outros elementos de prova capazes de determinar a natureza dos recursos financeiros utilizados pela empresa para produzir os eventos supostamente abusivos”.

³⁸⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação Cautelar 189-47/RO**. O candidato supostamente beneficiado pelo abuso de poder é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de investigação judicial eleitoral, ainda que a conduta tida por abusivo não seja a ele atribuída. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 24 de novembro de 2015.

O indeferimento do depoimento pessoal é feito com lastro no art. 22 da LC 64, o qual, de acordo com o Relator não prevê a medida. Usa-se, ainda, o respeito aos precedentes para indeferi-lo: são mencionados o Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança (AgRg-RMS) 2641/RN³⁸⁵, o Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) 131/MG³⁸⁶ e o *Habeas Corpus* (HC) 85.029³⁸⁷.

Quanto à configuração do ilícito do abuso do poder econômico, o tribunal novamente utiliza-se de precedentes para determinar seus elementos caracterizadores (REspe 1528-45³⁸⁸ e AgR-REspe 259-52/RS³⁸⁹). Fixa-se, com base neles, o alcance do termo abuso de poder constante no art. 22 da LC 64, o qual reclamaria gravidade consistente no comprometimento da vontade livre e independente do eleitor e não mais potencialidade para influenciar diretamente no resultado das urnas. Preocupa-se o Relator, portanto, em definir com clareza a hipótese normativa e as regras de uso de linguagem no que toca ao termo “gravidade”.

Lança mão ainda o TSE da interpretação sistemática, ao sustentar que a CF/88 indica os valores a serem resguardados pelo Direito Eleitoral no art. 14, § 9º, que determina que deve a legislação complementar proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência de poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração

³⁸⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança 2641/RN**. O depoimento pessoal não compõe o rito do art. 22 da LC 64/90. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 07 de setembro de 2018.

³⁸⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso em Habeas Corpus 131/MG**. Não se pode obrigar o comparecimento ao depoimento pessoal do réu em processos regidos pelo art. 22 da LC 64/90, por não haver previsão desse instituto no dispositivo. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 05 de agosto de 2009.

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 85029**. Nem a disciplina legal da ação de investigação judicial eleitoral nem a da representação por infração a Lei 9.504/97 contêm previsão do depoimento pessoal do representado ou investigado. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 01 de abril de 2005.

³⁸⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 1528-45**. O abuso de poder (econômico, político, de autoridade e de mídia) reclama, para a sua configuração, uma análise pelo critério qualitativo, materializado em evidências e indícios concretos de que se procedera ao aviltamento da vontade livre, autônoma e independente do cidadão-eleitor de escolher seus representantes. O critério quantitativo, ou a potencialidade para influenciar diretamente no resultado das urnas), conquanto possa ser condição suficiente, não se perfaz condição necessária para a caracterização do abuso de poder econômico. O fato de as condutas supostamente abusivas ostentarem potencial para influir no resultado do pleito é relevante, mas não essencial. Há um elemento substantivo de análise que não pode ser negligenciado: o grau de comprometimento aos bens jurídicos tutelados pela norma eleitoral causado por essas ilicitudes, circunstância revelada em concreto pela magnitude e pela gravidade dos atos praticados. Relator: Min. Luiz Fux, 02 de junho de 2017.

³⁸⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 259-52/RS**. Após a LC 135/2010, a verificação do abuso passou a demandar a avaliação da gravidade das circunstâncias inerente ao fato em si, ou seja, do desvalor presente diante do bem jurídico tutelado pela norma, no caso, a normalidade e a legitimidade das eleições. Assim, a investigação da prática abusiva não se prende necessariamente a eventuais implicações no pleito, muito embora tais implicações, quando existentes, reforcem a natureza grave do ato. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 14 de fevereiro de 2015.

direta ou indireta. Cita, também, artigos da Lei 9.504 que reprimem a captação ilícita do sufrágio (art. 41-A), a captação e gastos ilícitos de recursos (art. 30-A) e condutas vedadas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nas eleições (art. 73). Extrai desse conjunto normativo preocupação em proteger o voto popular e o equilíbrio da disputa nas eleições. Temos também, nesse ponto, além da interpretação sistemática, a transcategorica, com a exploração dos valores buscados pelo legislador a serem realizados por meio da legislação.

O TSE afasta a imputação por considerar frágil o conjunto probatório. Para o Relator, o qual executa análise aprofundada da documentação constante nos autos, não havia prova de gravidade ou de que houve extrapolação do direito à liberdade de expressão do cantor. O que teria acontecido foi o uso oportunista de manifestações de um artista que é engajado politicamente, as quais são protegidas constitucionalmente. Aponta os fatos de o contrato ter sido firmado ainda em 2017, da exibição do termo “#Elenão” ter tanto apoio quanto repulsa da plateia, de Roger Waters ter histórico de manifestações políticas, de não haver menção aos nomes dos candidatos durante os shows, e da audiência desses ser diminuta ante o eleitorado nacional como elementos que fragilizam a tese dos autores quanto ao abuso,

Utiliza, por fim, o TSE de análise de consequências normativas e razoabilidade para sustentar que diante dos gravíssimos efeitos de uma condenação de chapa presidencial, é curial exigir provas robustas do fato ilícito. Tal exigência é decorrência do respeito à vontade popular. Baseia-se, para adotar a tese, na dogmática e em dois precedentes (RO 758-25/SP³⁹⁰ e REspe 4474-94/SP³⁹¹). Fixada a premissa menor, o exame feito da prova mostra sua fragilidade, o que impede a configuração do abuso.

Façamos, mais uma vez, um balanço da decisão do TSE. Novamente, a maioria dos caracteres que segundo Alexy e MacCormick colaborariam para uma decisão racional se fez presente. Constatam-se no acórdão fatores positivos à racionalidade como a justificação interna e o uso do silogismo jurídico; a utilização de precedentes; a fixação de regras de uso de linguagem;

³⁹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 758-25/SP**. A liberdade de expressão reclama proteção reforçada, não apenas por encerrar direito moral do indivíduo, mas também por consubstanciar valor fundamental e requisito de funcionamento em um Estado Democrático de Direito, motivo por que o direito de se expressar e suas exteriorizações (informação e de imprensa) ostenta uma posição preferencial dentro do arquétipo constitucional das liberdades. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de setembro de 2017.

³⁹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 4474-94/SP**. Não há propaganda eleitoral negativa quanto os termos supostamente ofensivos não extrapolam a liberdade de manifestação. As críticas inerentes ao embate político, ainda que desabonadoras da atuação de determinado governo ou político, não são aptas a configurar propaganda eleitoral negativa. Relator: Min. João Otávio Noronha, 20 de outubro de 2015.

o estabelecimento de hipóteses normativas; a pretensão de universalidade; a sinceridade do falante; transição entre discursos; o progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude; explicitação de premissas jurídicas e uso de cânones da interpretação, como a interpretação sistemática; o argumento transcategorico; a análise das consequências normativas e a razoabilidade. Também há falhas que pesam contra a racionalidade, tais como a ausência de saturação e fixação de premissas menores do silogismo. As ofensas a ela vieram especialmente de posturas quanto à produção probatória. Ao se afirmar que fatos notórios não seriam objeto de prova, falhou-se em se fixar regra para a utilização da hipótese normativa, e dela vieram outros equívocos, correspondentes à desobediência ao progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude, à combinação de etapas que esclarecem o conteúdo normativo com as que esclarecem o caso em concreto, e à conclusão do raciocínio apenas quando se demonstra que a situação concreta corresponde à previsão normativa. Tais faltas também ocorreram na recusa em determinar que o sigilo bancário fosse mitigado.

*5.3.1.4 Dos autos 1804402-01.4624.0.00.0000*³⁹²

O MP ofereceu RO contra decisão do TRE de Santa Catarina que julgou improcedente AIJE oferecida em face de Jailson Lima da Silva, deputado estadual e candidato à reeleição nas eleições de 2014. O RO do MP teve seu seguimento negado pelo Relator e então foi oferecido AgRg para que o RO fosse apreciado pelo TSE. É desse AgRg que trataremos.

³⁹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 1804402-01-4624.0.00.0000**. A despeito do término do mandato, não há que se falar em perda do objeto, porquanto a multa e a inelegibilidade podem ser aplicadas independentemente de eventual cassação de registro ou diploma. Há, portanto, interesse processual no julgamento do agravo interno. No caso, o agravado confeccionou material gráfico contendo valores recebidos por membros do Ministério Público estadual, no período de outubro de 2012 a dezembro de 2013, e o remeteu a diversas instituições do Estado de Santa Catarina, acompanhado de ofício de apresentação do material com a expressão “13.470 abraços”, número utilizado em sua campanha eleitoral em 2014. A análise do caso deve se ater ao eventual desvio de finalidade, com repercussão eleitoral, na divulgação da atividade parlamentar. Nesse tema, deve-se ter cautela para não invadir a esfera de atuação do agente político. Portanto, está fora da apreciação da Justiça Eleitoral os critérios que o parlamentar utilizou para apontar que os membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina receberiam remuneração considerada exorbitante. Ademais, a seleção do tema, em si, e a intensidade com que quis divulgá-lo tampouco dizem respeito à competência desta Justiça Especializada. Observados esses parâmetros, não há elementos para concluir pela configuração dos ilícitos apontados pelo agravante, uma vez que ausente qualquer informação a respeito da extrapolação da verba de gabinete ou do pagamento de horas extras para os servidores envolvidos na operação; a conduta do inciso III do art.73 da Lei 9.504/1997 refere-se expressamente ao âmbito do “Poder Executivo”, não se aplicando ao Poder Legislativo; não há nos autos prova de que o agravado tenha praticado qualquer das condutas típicas do art. 41-A da Lei 9.504/1997; e a simples inclusão da saudação “13.470 abraços” no ofício é, por si só, insuficiente para caracterizar abuso do poder político. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 25 de junho de 2020.

Segundo o Relator, Min. Luís Roberto Barroso, o MP, em sua inicial, narrou que o candidato, utilizando-se do portal de transparência do MP de Santa Catarina, compilou dados de todos os valores recebidos, por todos os seus membros, entre outubro de 2012 e dezembro de 2013. Foram computadas também verbas indenizatórias eventuais e transitórias, as quais foram usadas para cálculo em que se fixou a média mensal de vencimentos de maneira individualizada para cada agente público. A compilação foi impressa e encadernada em dois volumes de 250 folhas cada, os quais foram remetidos para todos os 293 prefeitos dos estados, acompanhados de correspondência timbrada da Assembleia Legislativa, com a identificação do gabinete do deputado e subscrita por ele, com a frase “13470 abraços”. O termo faria referência ao número de candidatura do recorrido. A mesma documentação teria sido encaminhada de forma impressa e em meio eletrônico a universidades e câmaras de vereadores. Ainda de acordo com o Relator, o autor considerou que o deputado abusou de prerrogativas institucionais de sua campanha, valendo-se de servidores da gráfica e de seu gabinete da Assembleia Legislativa para fim exclusivo de promover sua campanha à reeleição. Teria praticado, assim, abuso de poder político e conduta vedada descrita no art. 73, II, da Lei 9.504/97, as quais são sancionadas com cassação de diploma e aplicação de multa, nos termos do art. 22, XIV da LC 64/90 e art. 73, II e III, §§ 4º e 5º, da Lei das Eleições. Ante o objeto de estudo desse tópico, focaremos na acusação de abuso de poder político.

O Relator do caso apoia-se em mudança na jurisprudência do TSE para sustentar que a ação não deveria ser extinta sem resolução de mérito ante o fato do mandato em que os ilícitos teriam ocorrido já havia findado. Para fundamentar sua afirmação, cita como precedentes o AgRg no AgRg em RO 5376-10/MG³⁹³, Relator Min. Edson Fachin, segundo o qual permite-se o prosseguimento da AIJE ainda que impossibilitada a cassação, já que essa não é o único objeto da ação. Até 2012, o TSE entendia o contrário. O respeito aos precedentes é uma das características de racionalidade, tanto para Alexy como para MacCormick.

Para o Relator, não há controvérsia quanto aos fatos, já que o investigado reconhece como verídica a narrativa do MP. Ocorre que, para a defesa, a conduta atacada consiste em mera

³⁹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo Regimental em Recurso Ordinário 5376-10/MG**. Não há perda de objeto com o término do mandato se a cassação não é o objeto único da ação. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/287458817/tse-13-03-2020-pg-50>. Acesso em: 09 ago. 2021.

divulgação de sua atividade parlamentar, o que foi reconhecido a princípio e por isso que se negou seguimento ao RO inicialmente.

De acordo com o TSE, “a análise do caso deve se ater ao eventual desvio de finalidade, com repercussão eleitoral, na divulgação da atividade parlamentar”. Para o tribunal:

Nesse tema, deve-se ter cautela para não invadir a esfera de atuação do agente político. Portanto, está fora da apreciação da Justiça Eleitoral os critérios que o parlamentar utilizou para apontar que os membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina receberiam remuneração considerada exorbitante. Além disso, a seleção do tema, em si, e a intensidade com que quis divulgá-lo tampouco dizem respeito à competência desta Justiça Especializada.

Nesse ponto, o TSE parece tentar fixar uma regra padrão para utilização da hipótese normativa, ao decidir que deve-se ter cautela para não invadir a esfera de atuação do agente político. Tal esfera de atuação do agente político é elemento limitador do alcance do abuso de poder, no entanto, nada sobre ela é dito. Mais: do necessário respeito à “esfera de atuação do agente político” são extraídas, sem quaisquer esclarecimentos, duas outras afirmações que restringem ainda mais a definição de abuso: a) não cabe à Justiça Eleitoral apreciar os critérios utilizados pelo parlamentar para apontar que os membros do MP de Santa Catarina receberiam remuneração exagerada; b) a seleção do tema e a intensidade com que se quis divulgá-lo não dizem respeito à competência da Justiça Eleitoral.

Para definir o abuso, o Relator mantém o tom lacunoso ao sustentar, citando como precedente o REspe 468-22/RJ³⁹⁴ que o ilícito se verifica “quando o agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros”. Ao afastar a ocorrência dele no caso concreto, o TSE defende que: “A simples inclusão da saudação “13.470 abraços” no ofício, por si só, é insuficiente para caracterizar o grave ilícito em comento. 18. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno”.

³⁹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 468-22/RJ**. Os veículos impressos de comunicação podem assumir posição favorável em relação a determinada candidatura, inclusive divulgando atos de campanha e atividades parlamentares, sem que isso caracterize por si só uso indevido dos meios de comunicação social, devendo ser punidos pela Justiça Eleitoral os eventuais excessos. O fato de se possibilitar às emissoras de rádio e televisão veicular opinião no contexto da disputa eleitoral não implica permissão para encamparem ou atacarem determinada candidatura em detrimento de outras. Na espécie, a despeito da ilicitude, a conduta não possuiu gravidade suficiente a ensejar as sanções previstas no art. 22, XIV, da LC 64/90. 3. O abuso do poder político caracteriza-se quando o agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros, o que não se verificou no caso. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 16 de junho de 2014.

Como o próprio Relator informou, ao dizer que os fatos são incontroversos, a conduta atacada não se limitou à simples inclusão da saudação “13.470 abraços” no ofício. Houve, aqui, contradição em relação ao afirmado outrora, o que pesa contra a racionalidade.

Evidente a ausência de saturação, nascida das lacunas apontadas. Ignorou-se também a necessidade levantada por Alexy de combinação do desenvolvimento da argumentação de etapas que esclareçam o conteúdo normativo com as que esclarecem o caso em concreto. Tampouco respeitou-se o progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude. A falta de clareza na fixação das premissas maiores e menores é tamanha que se compromete o próprio silogismo criador de justificação interna.

Ao examinar o grau de racionalidade da decisão, nota-se que poucas das recomendações de Alexy e MacCormick para a aumentá-lo se fazem presentes. Há equívocos na fixação de hipóteses normativas; na contradição do falante; no progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude; na explicitação de premissas jurídicas, na ausência de saturação e na combinação de etapas que esclarecem o conteúdo normativo com as que esclarecem o caso em concreto. Tais falhas acabam por eclipsar os elementos geradores de racionalidade, como o uso de precedentes e do silogismo.

5.3.2 AIME e Recurso Ordinário em AIME

Os termos de pesquisa utilizado para compor o “*sampling frame*” são os expostos nos itens 3 e 4 do tópico 5.1. A seguir, o pool de decisões das quais foram selecionadas 5 por meio de método randômico.

Classe processual	Número dos autos	Identificador
AIME e RO em AIME	0000007-61.2015.6.00.0000 (caso Dilma/Temer)	1
AIME e RO em AIME	0600001-25.2019.6.05.0000	2
AIME e RO em AIME	0601403-89.2018.6.01.0000	3
AIME e RO em AIME	0601423-80.2018.6.01.0000	4
AIME e RO em AIME	0600001-25.2019.6.05.0000	5
AIME e RO em AIME	0005370-03.2014.6.13.0000	6
AIME e RO em AIME	0000009-47.2015.6.03.0000	7
AIME e RO em AIME	0002250-28.2014.6.03.0000	8
AIME e RO em AIME	0002229-52.2014.6.03.0000	9
AIME e RO em AIME	0002227-82.2014.6.03.0000	10
AIME e RO em AIME	0002230-37.2014.6.03.0000	11

AIME e RO em AIME	0002209-61.2014.6.03.0000	12
AIME e RO em AIME	0000010-32.2015.6.03.0000	13
AIME e RO em AIME	0002220-90.2014.6.03.0000	14
AIME e RO em AIME	0002211-31.2014.6.03.0000	15
AIME e RO em AIME	0000005-36.2015.6.20.0000	16
AIME e RO em AIME	0000296-59.2014.6.24.0000	17
AIME e RO em AIME	0002735-60.2007.6.25.0000	18
AIME e RO em AIME	0002752-48.2010.6.23.0000	19
AIME e RO em AIME	0000009-80.2011.6.14.0000	20
AIME e RO em AIME	0003230-08.2010.6.14.0000	21
AIME e RO em AIME	0006213-34.2010.6.12.0000	22
AIME e RO em AIME	0003714-50.2010.6.13.0000	23
AIME e RO em AIME	RO 1453 - BELÉM - PA	24
AIME e RO em AIME	RO 1540 - BELÉM - PA	25
AIME e RO em AIME	RO 799 - SÃO PAULO - SP	26
AIME e RO em AIME	RO 534 - CUIABÁ - MT	27
AIME e RO em AIME	RO 31 - RIO DE JANEIRO - RJ	28

Utilizaram-se números randômicos gerados no site www.random.org, como se demonstra na figura abaixo:



List Randomizer

There were 28 items in your list. Here they are in random order:

1. 14
2. 8
3. 1
4. 7
5. 16
6. 20
7. 6
8. 2
9. 28
10. 4
11. 19
12. 17
13. 13
14. 21
15. 5
16. 27
17. 3
18. 24
19. 26
20. 11
21. 25
22. 10
23. 9
24. 22
25. 18
26. 15
27. 12
28. 23

IP: 2804:7f7:d68c:e209:41b8:8a5a:bbd1:c3e2

Timestamp: 2021-07-06 20:58:33 UTC

Os números escolhidos são: 1, 4, 7, 8, e 16. Eles identificam, respectivamente, os autos 0000007-61.2015.6.00.0000 (caso Dilma/Temer), 0601423-80.2018.6.01.0000, 0000009-47.2015.6.03.0000, 0002250-28.2014.6.03.0000, 0000005-36.2015.6.20.0000. No sorteio selecionou-se o caso Dilma/Temer, que será tratado em tópico próprio ao final pela importância que possui. Nesse item examinaremos os outros quatro casos.

5.3.2.1 Dos autos 0601423-80.2018.6.01.0000

Passemos à análise das 67 páginas do acórdão referente a AIME 0601423-80.6.01.0000³⁹⁵.

³⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601423-80.2018.6.01.0000**. A litispendência entre feitos eleitorais pode ser reconhecida quando houver identidade na relação jurídica-base das demandas, o que deve ser apurado a partir do caso concreto. Existência de total congruência quanto aos elementos distintivos da ação da AIME e AIJE levando à litispendência. Na AIJE, a falta de individualização da conduta da de um dos agentes na inicial torna dispensável sua inclusão no polo passivo. É legal a deflagração de persecução penal a partir de denúncia apócrifa. Em questões probatórias, o exame da ilicitude por derivação é relacional e depende da demonstração da correlação entre um certo conjunto de provas e aprova paradigma, que deve gerá-lo. Nos termos do procedimento do art. 22 da LC 64/90, o juiz está autorizado a ouvir terceiros não arrolados que possam auxiliar na

Nos autos, foram julgados seis recursos ordinários interpostos contra acórdão proferido pelo TRE do Acre em que julgadas três ações eleitorais oferecidas pelo MP Eleitoral: AIJE 0601403-89.2018.6.01.0000; AIJE 0601409-96.2018.6.01.0000 e AIME 0601423-80.2018.6.01.000. O TRE impôs a cassação de diploma de Juliana Rodrigues de Oliveira e Manuel Marcos Carvalho de Mesquita, eleitos, respectivamente, Deputada Estadual e Deputado Federal no pleito de 2018. Declarou, ainda, a inelegibilidade dos dois candidatos mencionados e de Thaisson de Souza Maciel, Diego Rodrigues de Oliveira e Wagner Oliveira Silva. Aos candidatos cassados também foi imposta multa de R\$ 50.000,00, por conta da prática de captação ilícita de sufrágio. Lastreado no art. 222 do CE, o TRE anulou a votação obtida, impediu que os votos fossem aproveitados pelas coligações partidárias e determinou a retotalização dos votos recusando a diplomação dos suplentes de Juliana Rodrigues e Manuel Marcos, respectivamente André Santos e Railson Costa.

decisão da ação. Tal faculdade independe, nos termos da lei, de prévia autorização das partes, bastando para que se assegure o contraditório e a ampla defesa, a possibilidade de contradita, na forma do art. 457, § 1º, do CPC. A inexistência de abertura do prazo para manifestação no rito do art. 22, I, da LC 64/90 desaconselha desnecessários atrasos na marcha do processo a fim de se garantir efetividade da atividade jurisdicional. Após a juntada de documentos pelo Ministério Público, permite-se a possibilidade de apontamentos na fase de alegações finais, garantindo-se o contraditório. A indicação de atuação de candidatos em parceria com o grupo de governo foi utilizada somente como argumento de reforço e não como causa de pedir. O efeito interruptivo do art. 275, § 5º do Código Eleitoral deve alcançar o prazo para alegações finais, a fim de que essas possam contemplar todos os aspectos relevantes para a formação da convicção judicial, inclusive aqueles porventura constantes da decisão que examina os embargos de declaração. Existência de sérias violações a regras da contabilidade eleitoral, especialmente quanto à aplicação de recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas pelos candidatos investigados. Os concorrentes envolvidos canalizaram quase todo o dinheiro aplicado pelo diretório partidário estadual, ainda que houvesse outros 15 candidatos. Um dos implicados era o presidente do partido, simultaneamente decisor e beneficiário das destinações de verbas; sua parceira recebeu valores extraordinários por associação, em evidente estratégia que prejudicou os demais concorrentes. Os candidatos aplicaram quase todas as receitas na contratação de uma única empresa, a ML Serviços, que recebeu mais de um milhão e duzentos mil reais, valor correspondente a 84,23% do que os investigados arrecadaram juntos. O investimento inclinou-se para propaganda volante, de baixa eficácia relativa às formas publicitárias modernas, o que lançou suspeitas quanto à veracidade das declarações contábeis apresentadas. A ML serviços não atuava no mercado gráfico, possuía proprietário de fachada, sendo gerida, de fato por um aliado histórico dos candidatos cassados; no ano da eleição, praticamente não teve outros clientes além dos candidatos do PRB/AC/ não prestou diretamente os serviços contratados; emitiu notas fiscais frias, que posteriormente compuseram a prestação de contas dos investigados; repassou mais de 1,2 milhão para a conta de seu dirigente de fato ou pessoas próximas a ele, no curso da eleição. A jurisprudência do TSE legitima o uso das provas indiciárias para a condenações em ações eleitorais. Há, porém, no caso mais que isso, pois existem provas de caixa dois, falsificação de dados na prestação de contas e desvio de verbas oriundas de recursos públicos. Depoimentos testemunhais seguros e ricos de detalhe afastam dúvidas. Não há responsabilização objetiva se for constatada a participação dos candidatos nos ilícitos. A trilha do dinheiro mostra que os candidatos cassados estavam no arco do domínio dos fatos. Condenação pelo art. 22 da LC 64/90, art. 30-A e art. 41-A da Lei 9.504/97. Destino dos votos anulados em eleição proporcional a ser dado de acordo com a coerência do ordenamento. Afastamento da solução apresentada pelo art. 185 do Código Eleitoral. Relator: Min. Edson Fachin, 16 de dezembro de 2019.

Foram opostos seis Embargos de Declaração (EDcl), por meio dos quais se obteve apenas correção de erros materiais. Em seguida, ofereceram-se dez recursos ordinários: seis relativos à AIJE 0601403-89.2018, dois relativos à AIJE 0601409-96.2018 e dois relativos à AIME 0601423-80.2018. Os últimos quatro recursos são cópias dos outros seis manejados nos autos principais.

No tocante à AIJE 0601403-89.2018, André dos Santos e Railson Costa, os suplentes, levantam-se quanto ao não aproveitamento dos votos pelas coligações, pleiteando os mandatos originalmente atribuídos a Juliana Rodrigues e Manuel Marco. Alegam que o acórdão recorrido ofende o art. 175, § 4º, do CE, visto que impede que os votos sejam considerados válidos para a coligação. Defenderam também que possuem legitimidade para atuar no feito e que os recursos desviados foram utilizados exclusivamente em benefício dos cassados, não havendo que se falar em vantagem ilícita para a coligação.

Wagner Silva, Diego Rodrigues, Thaisson Maciel, Juliana Rodrigues e Manuel Marcos, por sua vez, questionam a legalidade do julgado, a existência de ilícitos puníveis, a robustez das provas apontadas, e a gravidade atribuída aos fatos apurados pelo TRE-AC. Trouxeram as seguintes preliminares de mérito: a) violação do art. 96-B da Lei 9.504/97, pelo fato de ter havido reunião de ações com partes e fatos jurídicos distintos; b) ausência de litisconsórcio passivo necessário; c) ilicitude na obtenção de extratos bancários; d) uso de provas ilícitas por derivação; e) nulidade de depoimento de testemunha não arrolada pelas partes; f) cerceamento de defesa pelo indeferimento de pedido de diligências complementares e falta de oportunidade de manifestação sobre a juntada de inquérito pelo MP; g) ampliação objetiva da demanda nas alegações finais.

Sustentaram ainda que os valores vindos de fundos públicos foram aplicados de acordo com a lei e que não houve qualquer irregularidade na contratação dos materiais gráficos. Apontam a inexistência de ilicitude na terceirização de serviços pela empresa contratada, a compatibilidade do volume do material gráfico contratado em comparação com o adquirido pelos adversários e a falta de lastro probatório dos ilícitos eleitorais.

Na AIJE 0601409-96.2018.6.01.0000), Juliana Rodrigues e Manuel Marcos interpuseram recursos ordinários idênticos ao do processo principal.

Na terceira ação (AIME 0601409-96.2018.6.01.0000), Juliana Rodrigues e Manuel Marcos tornam a protocolar o mesmo RO, destacando-se como preliminares específicas da AIME

o seguinte: a) nulidade pelo não reconhecimento de litispendência; b) falta de interesse de agir, por conta do ajuizamento prematuro da ação; c) ilegitimidade passiva de Juliana Rodrigues.

A PGE requereu a rejeição das preliminares, o não conhecimento do recurso exclusivo dos assistentes simples e o desprovimento de todos os recursos ordinários oferecidos.

Foram ainda interpostos dois agravos internos por Diego Rodrigues de Oliveira e Manuel Marcos Rodrigues tentando reverter o reconhecimento do interesse jurídico de aplicação do art. 175, parágrafo quarto, e não do art. 222 e 237, como feito pelo TRE-AC.

Como se vê, a postura dos recorrentes confronta as teses dos recorridos. Existe, portanto, o que MacCormick denomina de caso problematizado. Foram obedecidas as orientações de MacCormick e Alexy quanto ao uso de estruturas e argumentos para aumentar a racionalidade?

Quanto aos agravos internos, o Relator utiliza-se de silogismo – o qual é necessário para a justificação interna – e fixa como premissa maior o art. 19 da Resolução 23.478/2016, que determina que as decisões interlocutórias eleitorais são irrecorríveis. A premissa menor equivale à descrição da decisão que já reconheceu o interesse de agir dos agravados. Por fim, faz-se menção a *ratio decidendi* de alguns precedentes que reconhecem a inviabilidade de agravos internos como o AgR-AI³⁹⁶ 40214/BA e AgR-AI 143/PE³⁹⁷. Temos, aqui, o respeito aos precedentes exigido pelos dois autores.

Para finalizar o não conhecimento dos agravos, o Relator traz argumento levando em consideração consequências jurídicas. Segundo ele, o julgamento do mérito dos agravos não traria qualquer benefício aos agravantes, já que o destino dos votos, seja lá qual for a decisão do TSE, não aproveitaria a eles. Prestigia-se, assim, o argumento consequencialista de MacCormick.

Examinemos os recursos ordinários. O Relator começa afirmando que os recursos juntados por Juliana Rodrigues e Manuel Marcos nos autos das AIJE 0601409-96.2018 e AIME 0601423-80.2018 são réplicas dos deduzidos na AIJE 0601409-96.2048 e que por esse motivo as razões recursais seriam todas enfrentadas no contexto específico dessa AIJE. Não explica, o Relator, o motivo dessa decisão e por que motivo considerou os recursos como meras réplicas.

³⁹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 40214/BA**. Não é cabível agravo interno fora dos marcos das decisões definitivas de mérito. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de fevereiro de 2020.

³⁹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 143/PE**. Não se conhece de agravo interno contra decisões interlocutórias na seara eleitoral. Relator: Min. Edson Fachin, 15 de maio de 2019.

Ausentes aqui dois requisitos elencados por Alexy: saturação e a combinação no desenvolvimento da argumentação de etapas que esclareçam o conteúdo normativo com as que esclarecem o caso em concreto.

Quanto às preliminares de mérito, o Relator inicia pela suposta violação do art. 96-B da Lei 9.504/97 em razão da reunião de ações com partes e fatos jurídicos distintos. Para afastá-la, determina regra padrão para utilização da hipótese normativa da reunião de processos eleitorais. Relembra que nem só na presença cumulativa de identidade fática e diversidade de sujeitos ativos é possível a reunião de processos eleitorais. Isso porque a norma especial de atração do art. 96-B convive com a norma geral de conexão prevista no art. 55, § 1º, do CPC. O Relator descreve cuidadosamente a existência de comunhão de pedidos (a cassação dos eleitos), de causa de pedir próxima e remota (em especial a questão relativa à má gestão de verbas oriundas de fundos públicos), e intersecção das narrativas fáticas. Aqui, o desenvolvimento do raciocínio deu-se paulatinamente, exibindo-se as etapas que: a) tornaram claro o conteúdo normativo (foram examinadas as normas que preveem a conexão); b) mostraram as características das ações envolvidas (analisaram-se os elementos identificadores das ações), e desembocaram na norma concreta que impediria a conexão no caso epigrafado

Remete-se ainda o Relator a precedentes que asseveram que a conveniência processual da reunião de ações em curso basta a evitar a extinção de feitos em resolução de mérito (AIJE 1943-DF)³⁹⁸. Também afirma que não houve prejuízo pela reunião ao Recurso em Mandado de Segurança (RMS) 587-34/SP.

O acórdão também mencionou a doutrina de José Jairo Gomes³⁹⁹ e Marcelo Abelha⁴⁰⁰ para defender que sempre que houver conexão haverá reunião de processo e que como as ações eleitorais envolvem técnicas processuais de caráter coletivo, a semelhança de elementos gera obrigatoriamente a reunião dos feitos. Nota-se, portanto, respeito à dogmática a aos precedentes, como exige Alexy.

No que toca à nulidade em virtude do não reconhecimento de litispendência entre autos da AIJE 0601409-96.2018 e da AIME 0601423-80.2018, o Relator em primeiro lugar estabelece

³⁹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 1943/DF**. Havendo conveniência processual da reunião de ações em curso deve-se evitar a extinção de feitos sem resolução de mérito. Relator: Min. Antonio Hermann Benjamin, 12 de setembro de 2018.

³⁹⁹ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 698.

⁴⁰⁰ JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 429.

regra padrão para o reconhecimento da litispendência. Diversamente do que diz o recurso de Juliana Rodrigues, sustenta o acórdão que superou-se o posicionamento anterior “de acordo com o qual não existiria em nenhuma hipótese coisa julgada ou litispendência na seara das ações eleitorais, tendo em vista que essa possuem causas de pedir própria e objetivos distintos”. Cita como precedentes o RO 93242/SP⁴⁰¹ e o REspe 348/MS⁴⁰². O Relator menciona ainda, para embasar sua posição, a doutrina de Edmilson Rufino Lima Júnior⁴⁰³, Edson de Castro Resende⁴⁰⁴, Luiz Fernando Casagrande Pereira⁴⁰⁵, Alexandre Freitas Câmara⁴⁰⁶ e Fredie Didier Jr⁴⁰⁷, além do CPC, art. 337 e art. 485.

Note-se também que há, na argumentação levantada, determinação de regra padrão para utilização da hipótese normativa da litispendência. O desenvolvimento da argumentação para afastá-la deu-se por etapas que esclareceram o conteúdo normativo e o conteúdo concreto da ação usados para aferir a existência de litispendência, como recomenda Alexy. O Relator descreve com minúcias as semelhanças e diferenças das petições iniciais e os ocupantes dos polos ativos e passivo da AIJE e da AIME envolvidas. As demandas reproduziram o mesmo contexto fático – o desvio de mais de 1.2 milhão e a captação ilícita de sufrágio por meio de promessa de compensação financeira em evento numa comunidade no município de Capixaba/AC – e o mesmo pedido, qual seja: o reconhecimento da captação ilícita, a declaração de inelegibilidade e a cassação dos candidatos, a anulação da votação e a manutenção do mandato federal de Sebastião Rodrigues. Sequer os autores tiveram a preocupação de fazer a retirada do pedido de declaração de inabilitação no caso da AIME, a qual não comporta essa sanção. Houve, como exige Alexy, combinação no desenvolvimento da argumentação de etapas que esclareçam o conteúdo normativo com as que esclarecem o caso em concreto, com progressivo caminhar em direção às

⁴⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 93242/SP**. A litispendência entre ações eleitorais pode ser reconhecida quando há identidade entre a relação jurídica-base das demandas, o que deve ser apurado a partir do contexto fático-jurídico extraído do caso concreto. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 18 de dezembro de 2017.

⁴⁰² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 3-48/MS**. A litispendência entre ações eleitorais pode ser reconhecida quando há identidade entre a relação jurídica-base das demandas, o que deve ser apurado a partir do contexto fático-jurídico extraído do caso concreto. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 10 de dezembro de 2015.

⁴⁰³ LIMA JÚNIOR, Edmilson Rufino de. Litispendência nas ações eleitorais de cassação: análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista Democrática**, v. 6, 2020, p. 136.

⁴⁰⁴ CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 558.

⁴⁰⁵ PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Ações eleitorais: atualidades sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada. **Revista Ballot**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 251-279, 2015, p. 262.

⁴⁰⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 269.

⁴⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 729.

normas de maior concretude e conclusão do raciocínio apenas quando se demonstra que a situação concreta corresponde à previsão normativa.

Viu-se também a determinação de regras-padrão para utilização da hipótese normativa da litispendência e o respeito à dogmática nascido do uso dos precedentes e da doutrina.

Juliana Rodrigues invocou a preliminar de nulidade do acórdão em virtude de vício processual decorrente da não formação de litisconsórcio passivo necessário pela não inclusão de Yargo Rodrigues, apontado como um dos responsáveis pelo abuso econômico, no rol de processados na AIEJ 0601403-89.2018. O tribunal afastou a tese por conta da teoria da asserção, já que não se atribuiu nenhuma participação relevante nos eventos ilícitos a Yargo Rodrigues na petição inicial. Mais uma vez, o TSE utilizou precedentes na fundamentação⁴⁰⁸.

Maior esforço argumentativo se destinou ao trato da alegação de ilicitude de denúncia anônima e do meio obtenção dos extratos bancários que supostamente geraram a investigação policial. Juliana Rodrigues e Thaisson Maciel defendem que a AIJE é nula pois teria se fundado em inquérito motivado por denúncia anônima e calcado em extratos bancários obtidos sem autorização judicial, o que afrontaria a LC 105/2001. As provas derivadas nele produzidas seriam também todas ilegais.

Para Juliana Rodrigues, a investigação criminal foi direcionada a apurar a ilegalidade da movimentação financeira de Thaisson Maciel, apresentada de forma anônima à polícia. Haveria, ilegalidade não só pela origem criminosa, mas pela falta de participação do Poder judiciário no início da investigação.

O tribunal, sempre utilizando o raciocínio silogístico, começa afastando a premissa menor. Para ele, a visão da denúncia anônima como causa exclusiva da instauração da investigação não tem respaldo nos autos. Apontam-se fatos que mostram que a investigação nasceu de depoimento prestados por três pessoas. Em seguida, acerca da suposta ilegalidade de investigação provocada por denúncia anônima, rememora-se a posição do STF e do TSE sobre o tema - Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.112.656⁴⁰⁹ e AgR-AI 6350.38⁴¹⁰,

⁴⁰⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 510-20/MG**. A delimitação subjetiva da demanda deve ser feita no momento da propositura da ação. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 26 de fevereiro de 2019.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental 1.112.656**. Desde que a denúncia anônima seja seguida de diligências para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial, é legítima a instauração. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 6 de novembro de 2018.

⁴¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 6350.38**. A denúncia

respectivamente - segundo ao qual é legítima a deflagração de persecução penal a partir de denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências que verifiquem os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito.

Ao indeferir o pleito de nulidade por suposta falta de participação no inquérito, o TSE utilizou-se do precedente do STF, o qual, na ADI 5104⁴¹¹, que atacava dispositivo de resolução do próprio TSE, afirmara a possibilidade do MP requisitar diretamente a instauração de inquéritos policiais.

Se o tribunal está cumprindo à risca os critérios de racionalidade de MacCormick e Alexy, ao tratar da nulidade relativa ao sigilo bancário, abandonou a saturação e a razoabilidade. Afirmou somente que no acórdão do TRE não se via menção a nenhum dado sigiloso que não havia sido obtido após decisão judicial. Ora, o ponto relevante não é se o TSE mencionou ou não o dado, mas se ele foi utilizado ao longo da investigação em prejuízo do investigado. Há falha na saturação, já que o argumento não contém todas as premissas necessárias. Presente também a irrazoabilidade, pois a decisão ignora fatores relevantes.

Em relação à legalidade da decisão que decretou a quebra de sigilo bancário, o TSE trouxe à tona os dispositivos da LC 105/201 que determina que a quebra de sigilo pode ser decretada quanto necessária para a apuração da ocorrência de qualquer ilícito para sustentar que o rol de crimes nele previsto é meramente exemplificativo. Cita doutrina de Juliana Garcia Belloque⁴¹² sobre o assunto. Destaca ainda a jurisprudência do TSE sobre a possibilidade de ser deferida em AIJEs a mitigação do sigilo (RMS 13.514/BA⁴¹³).

Quanto à tese da recorrente Juliana de que não poderia ser presa preventivamente em virtude da imunidade parlamentar e que por isso as provas derivadas da prisão seriam ilícitas, o TSE fixa regra padrão para a utilização da nulidade por derivação e em seguida reconhece que: a) a investigada sequer cumpriu o ônus de especificar as evidências nascidas da clausura; b) as informações descobertas possuem fontes hígdas e autônomas; c) o exame da ilicitude por

anônima é elemento legítimo para autorizar procedimento investigativos em busca de indícios que corroborem as informações nela encaminhadas. Relator: Min. Sérgio Banhos, 08 de agosto de 2019.

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.104**. É inconstitucional norma que submete a instauração de inquérito à autorização do Poder Judiciário, em afronta à prerrogativa do MP de requisitá-lo diretamente. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 30 de outubro de 2014.

⁴¹² BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário: análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

⁴¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso em Mandado de Segurança 13.514/BA**. A quebra do sigilo bancário pode ser aproveitada e decretada no âmbito das ações de investigação judicial eleitoral. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 4 de setembro de 2014.

derivação é um exame relacional, havendo necessidade de se apontarem os elementos criadores de liame causal inequívoco, o que não fez a recorrente.

O acórdão aborda também a suposta nulidade na instrução originada na oitiva da testemunha Widnilson Pena. Sua oitiva não foi requerida por nenhuma das partes em nenhum momento processual. Para o recorrente, nas AIJEs e nas AIMEs o rol de testemunhas deve ser apresentado na inicial, sob pena de preclusão. Para o Relator, o art. 22, VII, da LC 64/90, confere ao juiz a prerrogativa de ouvir testemunhas que conheçam fatos decisivos para a decisão mesmo que não arrolados pelas partes ou referidos por outras testemunhas. Fixa o TSE regra padrão para a utilização da hipótese normativa ao definir que o art. 22, VII, concede ao magistrado prerrogativa especial em comparação com o art. 461, I, do CPC, em virtude da primazia do interesse público existente na seara eleitoral. Tal faculdade “independe de prévia autorização das partes, bastando, para que se assegure o contraditório e ampla defesa, assegurada pelo art. 457, parágrafo primeiro, do CPC”⁴¹⁴.

⁴¹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601423-80.2018.6.01.0000**. A litispendência entre feitos eleitorais pode ser reconhecida quando houver identidade na relação jurídica-base das demandas, o que deve ser apurado a partir do caso concreto. Existência de total congruência quanto aos elementos distintivos da ação da AIME e AIJE levando à litispendência. Na AIJE, a falta de individualização da conduta da de um dos agentes na inicial torna dispensável sua inclusão no polo passivo. É legal a deflagração de persecução penal a partir de denúncia apócrifa. Em questões probatórias, o exame da ilicitude por derivação é relacional e depende da demonstração da correlação entre um certo conjunto de provas e aprova paradigma, que deve gerá-lo. Nos termos do procedimento do art. 22 da LC 64/90, o juiz está autorizado a ouvir terceiros não arrolados que possam auxiliar na decisão da ação. Tal faculdade independe, nos termos da lei, de prévia autorização das partes, bastando para que se assegure o contraditório e a ampla defesa, a possibilidade de contradita, na forma do art. 457, § 1º, do CPC. A inexistência de abertura do prazo para manifestação no rito do art. 22, I, da LC 64/90 desaconselha desnecessários atrasos na marcha do processo a fim de se garantir efetividade da atividade jurisdicional. Após a juntada de documentos pelo Ministério Público, permite-se a possibilidade de apontamentos na fase de alegações finais, garantindo-se o contraditório. A indicação de atuação de candidatos em parceria com o grupo de governo foi utilizada somente como argumento de reforço e não como causa de pedir. O efeito interruptivo do art. 275, § 5º do Código Eleitoral deve alcançar o prazo para alegações finais, a fim de que essas possam contemplar todos os aspectos relevantes para a formação da convicção judicial, inclusive aqueles porventura constantes da decisão que examina os embargos de declaração. Existência de sérias violações a regras da contabilidade eleitoral, especialmente quanto à aplicação de recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas pelos candidatos investigados. Os concorrentes envolvidos canalizaram quase todo o dinheiro aplicado pelo diretório partidário estadual, ainda que houvesse outros 15 candidatos. Um dos implicados era o presidente do partido, simultaneamente decisor e beneficiário das destinações de verbas; sua parceira recebeu valores extraordinários por associação, em evidente estratégia que prejudicou os demais concorrentes. Os candidatos aplicaram quase todas as receitas na contratação de uma única empresa, a ML Serviços, que recebeu mais de um milhão e duzentos mil reais, valor correspondente a 84,23% do que os investigados arrecadaram juntos. O investimento inclinou-se para propaganda volante, de baixa eficácia relativa às formas publicitárias modernas, o que lançou suspeitas quanto à veracidade das declarações contábeis apresentadas. A ML serviços não atuava no mercado gráfico, possuía proprietário de fachada, sendo gerida, de fato por um aliado histórico dos candidatos cassados; no ano da eleição, praticamente não teve outros clientes além dos candidatos do PRB/AC/ não prestou diretamente os serviços contratados; emitiu notas fiscais frias, que posteriormente compuseram a prestação de contas dos investigados; repassou mais de 1,2 milhão para a conta de seu dirigente de fato ou pessoas próximas a ele, no curso da eleição. A

Por fim, o tribunal asseverou a ausência do prejuízo concreto exigida pelo CE para a configuração da nulidade, já que o depoimento de Widnilson Pena sequer foi mencionado na decisão do TRE.

Examinemos como o TSE lidou com mais uma nulidade trazida pelos recorrentes, a do suposto cerceamento de defesa por conta do indeferimento de requerimento de diligências complementares. Não é possível saber exatamente o que os recorrentes haviam solicitado ao TRE, já que o Relator limitou-se a transcrever decisão desse que afirmava que a “existência dos pedidos dos dois requeridos é conhecer os motivos que acarretaram a quebra do sigilo bancário de Thaisson de Souza Maciel e quem a determinou”⁴¹⁵. Aqui, a falha é de saturação. O TRE recusou o pleito – cujo conteúdo não se sabe – afirmando que o MP promoveu a juntada de vários documentos, entre eles a decisão de quebra de sigilo, o que bastaria a dirimir qualquer dúvida em relação a quem a determinou.

Pleiteou-se também a identificação nominal do funcionário do Banco do Brasil que cumpriu a ordem judicial, o que foi indeferido em vista da inutilidade da providência para o conjunto probatório.

A última diligência requerida – e negada – foi o exame grafotécnico em cinco nomes de lista apresentada por um dos partidos autores, o PSL. Há evidente contradição na argumentação utilizada pelo TSE. O TSE adotou aqui a fundamentação *per relationem*, referindo-se ao que havia sido dito pelo TRE, o que não traz qualquer prejuízo. Isso porque a lista tinha 15 nomes e só cinco geraram dúvidas. Ademais, havia diversos outros elementos probatórios, como depoimentos de testemunhas, registros audiovisuais e documentos, que seriam valorados conjuntamente, o que faz com que não seja imprescindível ao deslinde da causa a realização do exame grafotécnico solicitado. Apesar de afirmar a prescindibilidade da medida, a Relatora no TRE ressalva que nada impede que posteriormente ela ou a corte determine a instauração de investigação para aferir se as assinaturas impugnadas foram forjadas. Ao afirmar inútil a

jurisprudência do TSE legitima o uso das provas indiciárias para a condenações em ações eleitorais. Há, porém, no caso mais que isso, pois existem provas de caixa dois, falsificação de dados na prestação de contas e desvio de verbas oriundas de recursos públicos. Depoimentos testemunhais seguros e ricos de detalhe afastam dúvidas. Não há responsabilização objetiva se for constatada a participação dos candidatos nos ilícitos. A trilha do dinheiro mostra que os candidatos cassados estavam no arco do domínio dos fatos. Condenação pelo art. 22 da LC 64/90, art. 30-A e art. 41-A da Lei 9.504/97. Destino dos votos anulados em eleição proporcional a ser dado de acordo com a coerência do ordenamento. Afastamento da solução apresentada pelo art. 185 do Código Eleitoral. Relator: Min. Edson Fachin, 16 de dezembro de 2019.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

providência e depois levantar a possibilidade de decretá-la, ofende o TRE, e o TSE que adotou a argumentação, a regra de não contradição de Alexy, segundo a qual nenhum falante pode contradizer-se.

Restam três preliminares: a de que não houve oportunidade de manifestação sobre documentos juntados pelo MP Eleitoral; a de que se ampliou indevidamente o objeto da lide em alegações finais; e a de que houve *error in procedendo* na contagem do prazo para o oferecimento das alegações finais. Quanto à primeira, o Tribunal fixou a hipótese de uso da norma segundo a qual a oportunidade de manifestação sobre os documentos juntados em diligência é a fase de alegações finais, não havendo previsão de outro momento específico como parece querer o recorrente.

No que toca à ampliação do objeto da lide, a premissa menor do raciocínio dos recorrentes é a de que nas alegações finais são citados autores de fatos ausentes na petição inicial. O TSE afasta-a dizendo o seguinte:

Isso posto, cumpre aclarar, por primeiro, que o fato de que Thaisson Maciel e Miriam Marques exerciam cargos públicos em comissão por indicação de Manuel Marcos e Juliana Rodrigues não constitui novidade, haja vista expressa menção na petição inicial, como reconhece o próprio acórdão. Igualmente, extrai-se do arrazoado ministerial que a indicação de atuação em parceria com o grupo ocupante do governo não é perspectivada como ilícito novo ou autônomo, servindo somente como argumento de reforço, quanto à extensão da capacidade de influência dos atores investigados. Inexiste, ainda que remotamente, qualquer traço indicativo de alteração do pedido ou da causa de pedir, neste particular. Lado outro, no que concerne ao gerenciamento de nomeações e exonerações em cargos estaduais, tampouco se constata ampliação indevida, tendo em conta que, nesse tocante, o Ministério Público também se abstém de requerer condenação pontual, aludindo aos eventos com o fim exclusivo de reforçar a ideia de que os sujeitos listados agiam em conluio com os candidatos cassados.

Esse argumento é pouco convincente, já que é essencial ao contraditório que o conjunto de ilícitos imputados estejam descritos de maneira que o réu possa produzir provas para dele se defender. Se são trazidos nas alegações finais, claro que isso não mais é permitido. Faltou respeito à coerência do ordenamento, requisito exigido por MacCormick. O TRE parece ter consciência disso ao defender, posteriormente que nenhum dos novos argumentos de reforço foi utilizado para a condenação, o que afastaria ofensa ao princípio da congruência.

A última preliminar é a de que houve *error in procedendo* quanto à interrupção da contagem do prazo para oferecimento das alegações finais após a oposição de EDcl contra

decisão que indeferiu pedido de diligência. O recorrente afirma que os art. 275 do CE e o art. 247 do Regimento Interno do TRE-AC preveem a interrupção apenas para as manifestações processuais que sejam recursos. O TSE, utilizando-se de analogia – forma especial de argumentação jurídica, para Alexy – ressalta que é evidente que o efeito interruptivo deve alcançar o prazo para as alegações finais, para que contemplem todos os aspectos relevantes para a formação da convicção do juízo, inclusive aquelas constantes da decisão que julga os embargos. Ademais, lançando mão da derrotabilidade de MacCormick, o TSE defende que o respeito ao contraditório e a ampla defesa exige que a última manifestação das partes antes da sentença não seja efetivada à revelia de questões que ainda se encontrem pendentes.

Vamos agora à matéria de fato e sua prova. São três os ilícitos narrados: o desvio de recursos oriundos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas; a captação ilícita de sufrágio praticada na data do pleito, nas proximidades de locais de votação; e a captação ilícita de sufrágio ocorrida no assentamento Campo Alegre, nos arredores da cidade de Capixaba/AC. No TRE-AC, apenas o último ilícito não gerou condenação, pelo fato do tribunal ter considerado frágeis as provas.

Pela condenação, todos os réus (Juliana Rodrigues, Manuel Marcos, Tahisson Maciel, Wagner Oliveira) foram declarados inelegíveis e os dois candidatos (Juliana Rodrigues e Manuel Marcos) foram, ainda, multados em R\$ 50.000,00 e tiveram seus diplomas e mandatos cassados.

Para o TSE, houve de fato graves violações a regras da contabilidade eleitoral, especialmente quanto à aplicação dos recursos vindos dos fundos públicos pelos candidatos. Manuel Marcos recebeu R\$ 850.000,00 da direção nacional do partido e R\$ 150.000,00 do órgão estadual que presidia. Juliana Rodrigues, R\$ 587.000,00, sendo R\$ 327.000,00 do órgão estadual e R\$ 260.000,00 da federal. Tais recursos representam 100% da arrecadação da campanha de Manuel Marcos e 97,73% de Juliana, além de constituírem a quase totalidade das verbas aplicadas pelo Diretório Estadual do PRB, apesar do partido ter lançado 15 candidatos. Tal concentração, a princípio, não seria ilícita, mas serviu, para o TSE de agravante da reprovabilidade da conduta, já que Manuel Marcos era beneficiário e decisor das destinações de recursos referidas; Juliana Rodrigues, sua parceira nos esforços políticos. Cita o TSE a doutrina

de Oscar Sánchez Muñoz⁴¹⁶ para defender que “o objetivo do financiamento público de campanhas eleitorais é desativar a capacidade de influência do poder financeiro sobre o eleitorado, compensando as diferenças fáticas existentes entre os distintos competidores”.

Manuel Marcos tentou justificar as verbas destinadas a Juliana Rodrigues invocando a Res.-TSE 23553/2017 segundo a qual 30% dos recursos dos fundos públicos deveriam ser destinados a candidatas mulheres. Ocorre que houve imensa discrepância entre o que fora destinado a Juliana e aquilo que se entregou às demais candidatas.

Conforme pontuado pelo TSE os candidatos aplicaram quase a totalidade dos recursos de campanha – 84,53% - numa única empresa, a ML Serviços Eireli, segundo a própria prestação de contas deles. Nelas também se via que os comprovantes de gastos tinham um só objeto: fornecimento de materiais publicitários impressos. Novamente, esse indício, por si, não constituiria prova de ilícito. Ocorre que, segundo o Relator, evidências colhidas na instrução apontam em outra direção. Veja-se o que ele asseverou sobre a empresa ML Serviços: a) não atuava no mercado gráfico, tendo sido constituída para operar, primordialmente, construção civil; b) possuía “um proprietário de fachada (Gilcemar Santos)”, tendo sido, na verdade, administrada por Thaisson Maciel, aliado histórico dos dois candidatos cassados; c) “no ano do pleito (2018), praticamente não teve outros clientes além dos candidatos do PRB/AC”; d) “não prestou diretamente os serviços contratados”; e) “emitiu notas fiscais frias, que posteriormente compuseram a prestação de contas de Juliana Rodrigues e Manuel Marcos”; f) “repassou mais de R\$ 1.250.000,00 para a conta pessoal de seu dirigente de fato (Thaisson Maciel) ou de pessoas próximas a ele (João Bosco Ribeiro e Miriam Ribeiro, respectivamente, sogro e esposa)”.

Em vista desse quadro, que aponta o desvio de recursos em benefício do grupo político dos candidatos, o TSE considerou insuficiente para reverter a condenação a tese dos recorrentes de que a ML Serviços possuía Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) ativo e estava devidamente registrada nos órgãos competentes. Afinal, as irregularidades flagradas não versam, como apontou o Relator, sobre a constituição formal, mas sobre a forma de operação.

Após atacar as premissas menores do argumento do recorrente e fixar suas próprias, o TSE então apela a precedentes (RO 178.849/MT⁴¹⁷ e RO 122086/TO⁴¹⁸) para fixar uma regra

⁴¹⁶ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 15.

⁴¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 178.849/MT**. O conjunto de indícios, especialmente o documentalmente lastreado, dono de harmonia e convergência, pode ensejar a procedência da ação eleitoral. Relator:

universal: é possível condenação com base em prova indiciária na seara eleitoral, já que práticas ilícitas eleitorais tendem à eliminação de provas de natureza direta.

O TSE, apesar de afirmar a autorização para condenar com prova indiciária, assevera que há provas diretas que demonstram a existência de contabilidade paralela (caixa dois), falsificação e dados da prestação de contas, desvio de verbas de campanhas oriundas de fundos públicos e realização de compra de votos. Ao longo do acórdão, o TSE pontua que: a) a empresa foi constituída somente para o pleito da construção civil e que até 2018 jamais havia emitido notas fiscais relativas a serviços gráficos; b) a empresa emitiu notas frias que posteriormente compuseram as prestação de contas; c) em 2018, até o fim de agosto do ano da eleição, a empresa havia emitido somente três notas fiscais; depois disso, emitiu quinze notas, todas para candidaturas do PRB, partido dos recorrentes; d) R\$ 850.000,00 recebidos pela empresa foram repassados para Thaisson Maciel, seu gestor de fato e pessoa ligada aos candidatos processados .

Com fulcro na doutrina de Rodrigo López Zílio⁴¹⁹ e Frederico Franco Alvim⁴²⁰, aduz que o abuso de poder econômico surge quando parcela do poder financeiro é utilizada indevidamente para obter vantagem no pleito e que o descumprimento do marco regulatório do financiamento e da prestação de contas pode configurá-lo.

Sustentou ainda o TSE, com base na jurisprudência e na doutrina, ainda quanto à questão probatória, que há plena viabilidade jurídica do reconhecimento do abuso de poder econômico quando as regras de uso de recursos sejam ofendidas não por uma conduta ou estratégia só, mas por um complexo de decisões de fundo financeiro que, somadas, passam a ameaçar os valores subjacentes à normalidade e à legitimidade das eleições⁴²¹. Passemos aos principais argumentos utilizados nos recursos e apreciados pelo TSE.

Os recorrentes alegaram que não houve tal complexo de decisões e que, na verdade, os depoimentos testemunhais e as notas fiscais, inclusive a de terceirização de serviços, comprovariam a inexistência dos desvios. A isso, o TSE respondeu o seguinte:

Min. Luís Roberto Barroso, 07 de novembro de 2018.

⁴¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 122.086/TO**. Na hipótese de ilícito de reconhecida dificuldade probatória, o Estado-juiz está autorizado a apoiar-se no conjunto de indícios confirmados ao longo da instrução, sob pena de deixar sem resposta graves atentados à sociedade, por conta da raridade das provas diretas de comportamento ilícito. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de março de 2018.

⁴¹⁹ ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 541.

⁴²⁰ ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 214.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 218.

[...]ainda que se tome por certa a efetiva realização da terceirização de serviços, observa-se que os valores mencionados pelas testemunhas não abrangem sequer a metade das receitas formalmente destinadas. Nesse diapasão, a consumação dos contratos questionados, na melhor das hipóteses, quedaria no plano parcial.

Sobririam, segundo o TSE, mesmo que fossem consideradas as notas fiscais e os depoimentos, mais de um milhão de reais destinados à campanha dos candidatos sem comprovação de gastos.

A partir daí o TSE passa a rebater as teses que se encaixam em duas categorias: uma que busca infirmar o que fora dito no acórdão do TRE alegando que a condenação se deu por determinado motivo, e não pelo conjunto da obra; outra que limita-se a afirmar que o acórdão falhou na análise probatória. O TSE rebate ambas lembrando sempre que o conjunto dos argumentos do TSE deve ser considerado, e não um ou outro ponto selecionado pelos recorrentes. Assim, quanto ao recurso de Wagner Silva, o TSE aduz que:

Wagner Silva insiste na ideia de que a condenação decorre estritamente do reconhecimento da ilegalidade na contratação de um fornecedor único, quando, em verdade, na quadra do julgamento foram apuradas inúmeras transgressões do marco regulatório da contabilidade das campanhas.

Em relação à análise da prova atacada, o TSE defende que são muitas e contundentes, e prossegue descrevendo-as como já afirmado acima. Destacam-se a emissão de notas falsas, os caracteres da empresa contratada, a sua gestão, a transferência de recursos para contas pessoais, e quanto à captação de sufrágio, o flagrante, a trilha do dinheiro e o reconhecimento dos envolvidos pelas testemunhas.

Mais uma vez se fixando num só ponto, Wagner Silva e Juliana asseveram haver provas nos autos de que o material contratado foi de fato distribuído, valendo-se de depoimentos de testemunhas que declararam ter trabalhado com panfletagem durante o certame. Novamente, o TSE apela ao conjunto das provas e, com razão, sustenta que as testemunhas não servem a demonstrar que todo o dinheiro repassado à campanha foi de fato utilizado para compra de panfletos.

Manuel Marcos mantém a estratégia de concentrar-se num ponto. Como alega o TSE, “Manuel Marcos descontextualiza o sentido da condenação regional, excedendo na simplificação dos fundamentos expostos pelo Tribunal acreano”. Para o recorrente, o TRE divisou a ocorrência

de gastos ilícitos de recursos e abuso de poder econômico somente pela concentração de despesas em torno de um único fornecedor”. Reitera, então, o TSE que “a solução condenatória encontra-se respaldada por uma variada gama de violações”.

Insiste Manuel que “simplesmente contratou uma empresa legalmente constituída e sem nenhuma restrição nos órgãos de controle, recebeu o produto contratado e mediante a apresentação da devida nota fiscal, efetuou o pagamento nos termos da lei”. Novamente, ignorou o recorrente todas as irregularidades apontadas pelo TRE e reafirmadas pelo TSE.

Em relação ao vínculo com Thaisson Maciel, Manuel Marcos e Juliana Rodrigues alegam que o TRE o reconheceu apenas pelo fato dos três frequentarem a mesma igreja, o que configuraria atentado ao direito constitucional de crença. Mais uma vez, o TSE mostrou que há diversos elementos demonstradores da relação, em especial o fato de Thaisson Maciel ter sido indicado pelos dois candidatos, diversas vezes para ocupar cargos em comissão, o que mostra forte ligação política.

Thaisson Maciel ataca a decisão recorrida sob o fundamento de que sua condenação estava baseada na ilegalidade da realização de pagamentos em espécie ou da terceirização de serviços gráfico. Ao contrário, conclui o TSE, do que sugere Thaisson Maciel, sua condenação não provém da legalidade ou da ilegalidade da realização de pagamentos em espécie, tampouco da terceirização de serviços gráficos por parte de sua empresa. A responsabilidade do recorrente, a rigor, é apurada a partir da inequívoca ligação com os investigados Juliana Rodrigues e Manuel Marcos e, especialmente, do papel central desempenhado pela ML Serviços em um esquema de violação sistemática das regras de clareza e de fair-play eleitoral

Finalmente, quanto à captação ilícita de sufrágio, os recorrentes alegam que a Polícia Federal (PF) induziu as testemunhas a reconhecerem Diego Rodrigues como a pessoa que estava comprando voto no dia das eleições. Elas teriam dito que um homem gordo teria entregado um santinho e uma nota de R\$ 100,00 e não teriam dito que ele seria Diego Rodrigues. Ocorre, como argumenta o TSE, que os testemunhos foram confirmados em juízo com detalhes que fulminaram a pretensão dos recorrentes. Uma testemunha, Naiara Castro, relatou ter confirmado a real identidade de quem a havia subornado ao vê-lo preso nas redes sociais e na televisão. Ramom Souza da Silva, por sua vez, confirmou que foi Diego Rodrigues o responsável pela proposta de compra de voto e informou que o reconheceu por meio de foto apresentada pela PF. Reclamam os recorrentes que as regras do art. 226 do Código de Processo Penal (CPP) não foram cumpridas. O

TSE, então, fixa, com base em precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a seguinte regra padrão para utilização da hipótese normativa: as disposições insculpidas no art. 226 do CPP configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, e sua inobservância, em especial quando o reconhecimento pessoal do infrator não constitui a única fonte do convencimento judicial, não constitui obstáculo à condenação.

Foquemos agora no ponto que gerou o debate mais intenso na corte: o destino dos votos dados aos candidatos eleitos no pleito proporcional e posteriormente cassados. André dos Santos e Railson da Costa, na condição de terceiros interessados, ofereceram recursos ordinários levantando-se contra a decisão do TRE que impediu que os votos dos cassados fossem aproveitados pelo partido na formação do quociente partidário. Isso acabou fazendo com que o partido tivesse menos deputados eleitos.

O Relator, Min. Edson Facchin, pontua que o destino de votos será dado pela escolha de qual dispositivo do CE deve incidir: o art. 175, §§ 3º e 4º ou, alternativamente, do art. 222 cumulado com o art. 237, do CE, diante de cassações em ações impugnativas autônomas ocorridas após a realização das eleições. Eis os artigos:

Art. 175. Serão nulas as cédulas:

[...]

§ 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro.

Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

Art. 237. A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos.

O TRE-AC optou pelo art. 222 do CE, anulando todos os votos de Juliana Rodrigues e Manuel Marcos. O Relator, a princípio, defendeu que “o art. 222 e 237 são especiais em relação ao cânone do art. 175, § 4º”. Por isso, os votos, mesmo que decisão tenha sido proferida após a eleição, não poderiam ser aproveitados pelos partidos, já que o art. 175 não se aplicaria, dando

espaço ao art. 222. O Relator ainda sustentou sua posição afirmando lançar mão de interpretação sistemática e da coerência do sistema, nos seguintes termos:

Em conjugação com os critérios acima mencionados, vem ainda a lançar, na espécie, a relevância da interpretação sistemática no processo de decodificação do sentido das normas eleitorais. Por esse critério, cabe ao intérprete recordar que o ordenamento eleitoral é mais do que um “mero agregado de normas”, consubstanciando, pelo contrário, uma estrutura coerente, dentro da qual as regras componentes devem, sempre que possível, ser compreendidas como elementos que convivem harmonicamente, em conexão

Edson Fachin, no entanto, não desenvolveu sua argumentação e não fica claro no acórdão como a interpretação sistemática – citada por Alexy e MacCormick - ou a coerência, também defendida por MacCormick, foram usadas para solucionar os problemas interpretativos. Ausente, assim, a saturação defendida por Alexy.

O TSE também argumenta que o art. 175 do CE autoriza o aproveitamento do apoio eleitoral pelo partido do candidato porque não há dúvidas nem suspeitas sobre a retidão da vontade externada pelo eleitorado nos casos descritos no texto legal. Diversamente, os arts. 222 e 237 tratam especificamente de ilícitos que comprometem o elemento volitivo da escolha política. O TSE, assim, perscruta posição do legislador acerca dos valores a serem realizados pela legislação, utilizando-se, portanto, do argumento transcategorico de MacCormick.

Conclui então, o Relator, que nas eleições proporcionais, a cassação de mandato em ação autônoma pela prática de ilícito enseja a anulação da votação recebida tanto para o candidato quanto para seu partido. Ocorre que Fachin propõe que essa solução deva ser aplicada somente para as eleições futuras em respeito ao princípio da segurança jurídica. Isso porque a Resolução Res.-TSE 0600744-73, que disciplinava as Eleições 2020, no art. 219, rezava que “serão nulos para todos os efeitos, inclusive para a legenda, os votos dados a candidato que na data do pleito, esteja com registro deferido, porém posteriormente cassado por decisão em ação autônoma, se a decisão for publicada antes das eleições”. Como o acórdão do TRE-AC foi proferido após o fim do processo eleitoral, os votos deveriam ser aproveitados pelas legendas, nos termos da resolução.

Contra a proposta de Fachin de respeitar o princípio da segurança jurídica, levantou-se, inicialmente, o Min. Alexandre de Moraes, o qual afirma que no caso em que se utiliza dinheiro público do Fundo Partidário para a compra de votos, há de se aplicar o art. 222. Fundamenta sua

afirmação no fato de que entendimento contrário permitiria que presidente de partido, por uma prática absolutamente ilícita utilizando dinheiro público para comprar voto faria com que alguém do partido dele, do qual ele continuaria presidente, se beneficiasse, mesmo que o presidente fosse cassado. Veja-se que há aqui raciocínio consequencialista, mas em nada semelhante ao defendido por MacCormick.

Quanto à posição de Facchin de respeitar a segurança jurídica, Moraes assevera que o vetor principal não é “a questão da segurança jurídica, mas a da moralidade, normalidade e legalidade das eleições”. Por isso, para Moraes, aquilo que foi comprado e captado ilicitamente jamais poderia continuar favorecendo o partido de quem comprou ilicitamente os votos. A compra da parcela da vontade popular não só desvirtuou a eleição dos impugnados, não só o quociente partidário do partido cujo presidente arquitetou a fraude, mas prejudicou todos os partidos. Note-se que, como Facchin, Moraes apela à coerência e à interpretação sistemática. Aponta que “há uma conjunção de normas específicas que diz que é anulável a votação quando há interferência do poder econômico e desvio ou abuso de poder de autoridade, em desfavor da liberdade de voto”.

Conclui, Moraes, por fim, que a tese levantada por Facchin deve ser aplicada já para a eleição de 2020, e não só para as futuras. Moraes foi acompanhado por outros dois Ministros: Mauro Campbell e Sérgio Banhos, até que o Min. Luis Barroso, presidente da corte, ofereceu outra solução. Nas palavras dele, o não conhecimento do recurso gerador do debate seria a melhor ideia para “não frustrar nossa jurisprudência, a nossa resolução em relação a 2018”. Isso porque, como se demonstrou, a Resolução do TSE regedora das eleições de 2020 não determinava que os votos fossem nulificados para todos os fins. O TSE, então, a partir da provocação Min. Barroso, reconhece que o primeiro suplente, conforme jurisprudência do TSE, deveria ter sido admitido como assistente simples no TRE, mas sua admissão no feito ocorreu como terceiro interessado e somente no TSE. Se não houve recurso do MP quanto à decisão do TRE de impedir o aproveitamento dos votos pelo partido, o assistente não poderia ter recorrido autonomamente em relação a esse capítulo da decisão do TRE-AC, razão pela qual seu recurso não foi reconhecido nesse ponto. O não conhecimento do recurso levaria à manutenção da decisão do TRE-AC quanto ao não aproveitamento dos votos pelos partidos dos cassados.

Note-se que o Barroso assume expressamente que está adotando a solução processual para evitar de ir ao mérito e chegar a um resultado que ele não gostaria, o de ter que aplicar a resolução do TSE. *In verbis*:

Portanto, eu acho que, pela nossa jurisprudência, esse seria um recurso descabido, por parte sem direito de propositura, sem o direito de interposição. De modo que eu acho que a solução processualmente correta, nesse único ponto de divergência, é o não conhecimento. Porque o conhecimento, eu acho que, aí, sim, levaria à aplicação da resolução que nós já decidimos, seria regra que valeria para 2018, mas produziria um resultado de mérito de grande desconforto para todos nós. Portanto, havendo uma solução que me parece processualmente adequada de não conhecimento, eu vou optar por esse caminho, pedindo todas as vênias ao eminente Ministro Edson Fachin e ao Ministro Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

A escolha, assim, do destino da lide foi feita a partir do que Barroso considerou consequências quanto à integridade da jurisprudência do TSE. Novamente, o consequencialismo desempenha papel relevante, e dessa vez numa feição mais próxima da defendida por MacCormick.

Façamos balanço da decisão do TSE, a ser, como já explicado, utilizado ao final na compilação das conclusões da pesquisa. Há de se reconhecer que imensa maioria dos caracteres que segundo Alexy e MacCormick colaborariam para uma decisão racional se fez presente. Muitos critérios de racionalidade foram obedecidos. Fundamentou-se o que se afirma; há clara pretensão de universalidade no que se defende; não há indício de falta sinceridade do falante; não se apela a nenhuma regra moral, por isso desnecessária a análise; nada indica ofensa à generalizabilidade; aplicou-se a analogia, na questão do prazo interruptivo dos embargos; permite-se a transição entre discursos; utilizaram-se silogismos, respeitando-se a justificação interna; levantaram-se regras padrão para utilização da hipótese normativa e para o uso de palavras; houve progressivo caminhar em direção às nomas de maior concretude e combinação das etapas da argumentação que esclarecem o conteúdo normativo e o caso concreto, na maioria das vezes; foram explicitadas as premissas jurídicas e não-jurídicas e utilizadas a dogmática e precedentes; aplicaram-se argumentos transcategoricos; a saturação foi notada, ordinariamente; aplicaram-se cânones de interpretação, mais especificamente a sistemática e teleológica; considerou-se a coerência e analisaram-se consequências normativas.

As ofensas à irracionalidade vieram da falhas na saturação apontadas em variadas passagens; no desrespeito à coerência quanto à ampliação do objeto da lide nas alegações finais; na contradição ao indeferir a providência de investigar as assinaturas impugnadas ante a sua inutilidade de afirmar, ao mesmo tempo, que essa providência poderia ser determinada posteriormente; na irrazoabilidade de não se considerar o ponto de que provas obtidas ilicitamente poderiam ter sido utilizadas contra o investigado ao longo do processo mesmo não tendo sido citadas no acórdão do TRE-AC.

5.3.2.2 *Dos autos 0000009-47.2015.6.03.0000*⁴²²

Como dito, a partir desse momento as análises serão mais sucintas, uma vez que os exames anteriores, que ocuparam quase 70 páginas, já permitiram ao leitor a apreensão do método utilizado para destrinchar as decisões.

Nos autos 0000009-47.2015.6.03.0000, a Relatora, Rosa Weber, monocraticamente, nega seguimento a RO manejado que visava reformar decisão do TRE-AP, a qual julgou improcedente AIME proposta pelo MP por corrupção de eleitores de Laranjal do Jari. Segundo se depreende do acórdão, os candidatos Waldez Góes, Vinicius Gurgel e Edna foram acusados de prometer, por meio do vereador José Maria Gomes Bezerra, vulgo “Zezão”, a membros da Associação dos Profissionais de Mototáxi de Laranjal do Jari (AMOTOLAJ) a entrega de kits de moto em troca de votos. Ademais, três testemunhas, ouvidas pela Promotoria Eleitoral, teriam dito que em suas casas foi ofertada a quantia de R\$ 1.000,00 para votassem nos três citados candidatos. Novamente a promessa teria partido de “Zezão”. Numa busca e apreensão feita na casa desse, encontrou-se lista dos integrantes da AMOTAJ e 1050 litros de combustíveis.

⁴²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário 947/AP**. A cassação do mandato em sede de ação de impugnação de mandato exige a presença de prova robusta, consistente e inequívoca. Nos exatos termos da decisão agravada, a ausência de confirmação em juízo da prova testemunhal produzida inquisitorialmente inviabiliza falar em prova robusta dos fatos narrados, seja da oferta de dinheiro em troca de votos seja da oferta de combustível para captação de sufrágio. A fragilidade dos depoimentos prestados judicialmente e mesmo a suspeita de possam ter sido induzidos pelos requeridos, embora permita apuração de eventual ilícito em sede própria, providência já determinada pelo tribunal *a quo*, não permite que a prova testemunhal produzida de forma inquisitorial se sobreponha àquela realizada sob o crivo do contraditório, pena de violação da garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição. Ainda que fosse considerada provada regularmente a ocorrência do ilícito, estaria ausente a potencialidade lesiva necessária para a procedência da AIME, como reconhecido pela Vice-PGE. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de agosto de 2018.

O MP também alegou que do telefone 96 99118-6467, supostamente pertencente à testemunha Marian Lustosa Lima, foram extraídas mensagens que revelariam captação ilícita do sufrágio.

Ocorre que, destacou o TSE, o TRE-AP, ao apreciar essas provas, considerou que a prova testemunhal em juízo não corroborou a produzida extrajudicialmente, já que as testemunhas ouvidas no processo mudaram completamente suas versões. O fato do MP alegar que elas mentiram e já existir procedimento para investigá-las por falso testemunho não muda a circunstância de que não houve produção de prova testemunhal sob contraditório que pudesse lastrear a condenação. Quanto à ligação, o TSE rememorou que o TRE dissera que houve confusão pelo autor quanto à titularidade da linha, já que a operadora Vivo informou que a titular da linha não é a testemunha Marina Lustosa Lima, mas a pessoa de Marina dos Santos.

Como se vê, utiliza-se o TSE do raciocínio silogístico para analisar as provas, preservando a justificação interna. Analisando o conjunto probatório, afasta as premissas menores da argumentação do MP, para chegar à conclusão diversa da do órgão. Nas palavras da Relatora:

O recurso do Ministério Público Eleitoral não merece provimento, pois a ausência de confirmação em juízo da prova testemunhal produzida inquisitorialmente efetivamente impede seja possível falar em existência de prova robusta dos fatos narrados, seja da oferta de dinheiro em troca de votos, seja da oferta de combustível para captação de sufrágio.

Para fundamentar sua posição, Rosa Weber cita jurisprudência do TSE (AgRg no REspe 875-12/MT⁴²³ e RO 1400-67/AC⁴²⁴).

Após avaliar as provas que demonstrariam a captação ilícita, o TSE passa a fixar regras padrão para utilização da AIME. Afirma que para a configuração do ilícito apurado nessa ação exige-se potencialidade lesiva. Para a Relatora, “a introdução do inciso XVI do art. 22 da LC 64/90, pela LC 135/210, não alterou o entendimento do TSE da necessidade para procedência da AIME de potencialidade lesiva”. Ampara-se no AgR-REspe 430-40/SC⁴²⁵ e no AgRg-REspe n°

⁴²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 875-12/MT**. Depoimentos prestados na fase inquisitorial não constituem prova suficiente para ensejar a condenação pela prática de captação ilícita de sufrágio. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 16 de novembro de 2015.

⁴²⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1400/AC**. Diante das contradições verificadas entre a prova colhida no inquérito e as obtidas em juízo, o acervo probatório dos autos não é apto a embasar a condenação prevista no art. 41-A da Lei 9.504/97. Relator: Min. Dias Toffoli, 31 de março de 2014.

⁴²⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 430-40**. Após a edição da LC

28.459/BA⁴²⁶. Três fatos mostram que a escolha dos precedentes pela Relatora foi equivocada. Um, é que o AgRg-REspe 28.459/BA foi proferido em 2008, data anterior à publicação da LC 135/210, cujo art. 22, XVI tornou desnecessária a potencialidade para a configuração do abuso. O outro é que havia acórdãos mais recentes que os citados pela Relatora afastando a exigência da potencialidade para configuração do ilícito. Os autos 0600001-25.2019.6.05.0000, ora sob análise, foram julgados em 2019. Em 2018, no Recurso Especial Eleitoral (REspe) 1175⁴²⁷, o TSE asseverou que:

[...] o postulado da proporcionalidade, notadamente em sua dimensão de vedação ao excesso (*Übermaßverbot*), é o parâmetro normativo adequado para aferir a gravidade ou a relevância jurídica (ou a ilegalidade qualificada) dos ilícitos em processos em que se apuram a prática de abuso de poder econômico ou político, em AIJE, AIME e RCED, e de captação ou gasto ilícito de recursos em campanhas eleitorais, em Representações do art. 30-A da Lei das Eleições.

No REspe 15466/SP⁴²⁸, publicado em 2016, o TSE decidira que a potencialidade, embora possa ser condição suficiente, não constitui elemento necessário à caracterização do abuso de poder econômico. Exatamente como no caso ora em exame, a decisão abarcou corrupção eleitoral como causa de pedir de ação e impugnação de ilícito. Eis o trecho pertinente do acórdão:

O critério quantitativo (*i.e.*, potencialidade para influenciar diretamente no resultado das urnas), conquanto possa ser condição suficiente, não se perfaz condição necessária para a caracterização do abuso de poder econômico. A corrupção eleitoral, que veicula *causa petendi* de ação de impugnação de mandato eletivo, resta configurada sempre que as circunstâncias concretas do reconhecimento da prática de captação ilícita de sufrágio, *ex vi* do art. 14-A da Lei das Eleições, evidenciarem gravidade suficiente para amesquinhar a principiologia reitora do processo eleitoral (legitimidade e normalidade das

135/2010, o posicionamento jurisprudencial do TSE permaneceu no sentido da necessidade da aferição do potencial lesivo da conduta para fins de procedência da AIME, haja vista que o bem jurídico tutelado por essa via processual é a legitimidade das eleições e não a vontade do eleitor. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de maio de 2014.

⁴²⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 28-459/BA**. A declaração de procedência da AIME com fundamento em captação ilícita de sufrágio requer a demonstração da potencialidade lesiva. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 17 de setembro de 2008.

⁴²⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 1175/RN**. O postulado da proporcionalidade é o parâmetro normativo adequado para aferir a gravidade ou a relevância jurídica dos ilícitos em processos em que se apuram abusos de poder econômico ou político. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de junho de 2017.

⁴²⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 15466/SP**. Não é necessária a presença de potencialidade para a caracterização do abuso de poder econômico. Sempre que as circunstâncias do caso evidenciaram gravidade suficiente para atacar a legitimidade e a normalidade das eleições, é irrelevante a diferença de votos entre o primeiro e o segundo colocado. Relator: Min. Luiz Fux, 02 de junho de 2017.

eleições e lisura do prélio), independentemente da diferença de votos entre o primeiro e o segundo colocado.

No AgRg em AIME 761⁴²⁹, proferido no seio da AIME em que analisados abusos da chapa Dilma-Temer, o TSE decidiu 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 (art. 22, XVI, LC 64/1990)".

O terceiro fato que aponta para um incorreto uso dos precedentes é que o julgado AgR-REspe 430-40/SC, citado por Rosa Weber, não traz qualquer fundamentação razoável para a exigência de potencialidade. Limita-se a dizer que para a AIME é necessário considerar a potencialidade lesiva pelo fato de buscar proteger legitimidade e normalidade das eleições. Ora, todas as ações que combatem abusos o fazem. Acrescente-se que no AgR-REspe 430-40, o Relator cita outros três precedentes: o RO 621334/MS⁴³⁰, o AgR-Ai n, 10466/BA⁴³¹ e o AgR-REspe 39.974/BA. Esse último apenas negou seguimento a REsp por nele se buscar revisão da matéria fática. O AgR-AI 10466/BA por sua vez, cita outros dois precedentes, o RO 50.330/BA⁴³² e o REspe/RO 28.007⁴³³. Ambos, porém, foram proferidos antes da LC 105/2010, que trouxe o art. 22, XVI, o qual excluiu a potencialidade como elemento configurador do abuso. O primeiro sequer à potencialidade se refere, mas às restrições ao objeto da AIME.

Finalmente, o RO 621334/MS não traz qualquer justificativa para a exigência de potencialidade, além da menção a outros três acórdãos do TSE: o AgR-AI n° 10466/BA, já mencionado; o REspe 14123-47/RN⁴³⁴; e o AgR-AI n° 94192/AL⁴³⁵. O AgR-AI 10.466 não

⁴²⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo 761**. 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 (art. 22, XVI, da LC 34/1990). Relatora: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, 04 de dezembro de 2015.

⁴³⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 621334/MS**. Em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, faz-se necessária a presença de acervo probatório contundente no sentido de que tanto a prática de corrupção eleitoral como a de abuso do poder econômico tiveram potencialidade para influenciar o resultado das eleições. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de março de 2014.

⁴³¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 10466/BA**. É necessária a potencialidade para a configuração do abuso apurado em AIME. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 18 de setembro de 2012.

⁴³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 50330/PB**. Exige-se para o abuso apurado em AIME a potencialidade de influenciar o resultado das eleições. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 27 de abril de 2010.

⁴³³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 28007**. Para a configuração do abuso em AIME é necessária a potencialidade. Relator: Min. Gerardo Gross, 27 de maio de 2008.

⁴³⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 14123-47/RN**. O reexame de fatos e provas na instância especial é inadmissível nos termos da Súmula 7 do STJ. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 05 de junho de 2012.

⁴³⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 94192/AL**. Não se conhece de Recurso Especial que

desenvolve nenhuma explicação sobre a potencialidade, limitando-se a citar precedentes anteriores a LC 135/2010 que inseriu no art. 22 o inciso XVI afastando a necessidade de potencialidade para configuração do abuso. O REspe 14.123/RN foi citado equivocadamente, já que nele o TSE decide pelo não conhecimento de REsp – cuja apreciação exigiria reexame de fatos e provas – interposto contra decisão do TRE/RN que reconheceu a potencialidade. De seu turno, o AgR-AI 9419/AL também é de pouca ajuda quanto à argumentação a favor da potencialidade, já que nele o TSE resolve não conhecer de REsp contra decisão do TRE-AL que manteve condenação pedida pelo MP Eleitoral. Não há no julgado menção à necessidade de potencialidade para a configuração da AIME pelo próprio TSE além daquelas em que são transcritos trechos do acórdão combatido por REspe.

Vamos ao balanço da decisão do TSE, a ser utilizado ao final na compilação das conclusões da pesquisa. Alguns critérios de racionalidade foram obedecidos. Utilizou-se o raciocínio silogístico, buscando-se respeitar a justificação interna e não há indício de falta de sinceridade dos falantes. Tentou o TSE fixar regras de linguagem e utilizar-se de precedentes ao tratar da presença de potencialidade como elemento necessário ao abuso. Nesse ponto, falhou a corte superior eleitoral. Ofendeu-se, em primeiro lugar, a universalidade, já que se aplicaram precedentes que exigiam a potencialidade para configuração do abuso mesmo havendo outros mais recentes que não o faziam. Citaram-se precedentes que não serviam à conclusão, seja por terem sido publicados antes do dispositivo legal que estava em discussão (o art. 22, XVI da LC 64/90, introduzido pela LC 135/2010), seja por se limitarem a não conhecer do REsp pelo fato de nele se buscar revisão de matéria fática. Há, ainda, por conta desse equívoco no uso dos precedentes falhas na justificação externa e quanto à coerência. Por não haver desenvolvimento no argumento de que nos abusos apurados em AIME deve-se verificar a potencialidade, desrespeitaram-se o progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude, a explicitação de premissas jurídicas e a ausência de ausência de saturação

5.3.2.3 *Dos autos 0002250-28.2014.6.03.0000⁴³⁶ e 0002220-90.2014.6.03.0000, julgados conjuntamente*

Nessas AIMES, o TSE volta a tratar de fatos relativos à eleição, em 2014, da Deputada Estadual Mira Rocha, do Deputado Marcos Reátegui e do Prefeito do Município de Santana Robson Rocha, irmão de Mira Rocha. Lembremos que os autos da AIJEs 0000010-32.2015.6.03.0000⁴³⁷ e 0002227-82.2014.6.03.0000 já examinados acima abordavam os mesmos fatos.

Nas 60 páginas do acórdão, são julgados os recursos ordinários do MP contra decisão do TRE/AP que julgou improcedentes ações de impugnação de mandato eletivo que imputavam abuso de poder econômico e prática de corrupção eleitoral por Elizalmira do Socorro Rocha (Mira Rocha) e Marcos José Reátegui Souza. Para o MPF, os candidatos impugnados, em conluio com o prefeito de Santana/PA e seu genitor, praticaram corrupção eleitoral, consubstanciada na troca de empregos temporários por votos e apoio de diversos eleitores durante a campanha. Teria havido ainda abuso do poder econômico consistente no uso de recursos públicos para pagamento da remuneração desse pessoal, cuja aplicação é vedada em campanha eleitoral, nos termos do art. 24, II, da Lei 9.504/97.

A Relatora, Min. Rosa Weber, após narrar os fundamentos da decisão atacada, do recurso do MPF e das contrarrazões dos recorridos, afasta a litispendência alegada pelos últimos. Utilizando-se de precedentes (AI 66958⁴³⁸ e REspe 3-48⁴³⁹). Repetem-se aqui os mesmos argumentos usados nas AIJEs supra examinadas. Segundo a Relatora, não há identidade absoluta de fatos e provas a justificar a litispendência. Ademais, o fato das ações confrontadas terem consequências jurídicas distintas excluiria a hipótese de litispendência. Note-se que os argumentos da Relatora podem se contrapor, já que perfeitamente possível a narrativa de fatos e provas ser idêntica e ainda assim as consequências das ações serem distintas. A ação que versa

⁴³⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0002250-28.2014.6.03.0000/AP**. Não havendo plena identidade de provas, inexistente litispendência. A prova testemunha produzida em conjunto com documentos dos autos que demonstram a contratação excessiva de empregados temporários antes da eleição e sua demissão após ela basta a justificar a cassação do mandato. Somente candidato pode ser condenado pela captação ilícita de sufrágio. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo de Instrumento 6698**. Inexistente litispendência quando as ações confrontadas têm consequências jurídicas distintas. Relatora: Min. Rosa Weber, 21 de outubro de 2016.

⁴³⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 3-48**. A litispendência pode ser verificada quando há plena identidade de fatos e provas já examinados pela instância julgadora em feito anterior. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 10 de dezembro de 2015.

sobre o ilícito do art. 41-A não gera inelegibilidade; a AIME que trata do mesmo tema pode causá-la.

A Relatora conclui que o que importava para o deslinde da questão da litispendência entre os grupos de ações em discussão era que quando o “TRE/AP julgou o segundo grupo de ações, não tinha ocorrido (como não ocorreu ainda), o trânsito em julgado das duas AIMEs”. Há, aqui, clara confusão conceitual. Uma é a definição dada pelo CPC à litispendência; outra, à coisa julgada. A inexistência de uma é irrelevante para existência da outra. Presente também equívoco quanto à saturação, fixação de premissas, combinação do desenvolvimento de argumentação de etapas que esclareçam o conteúdo normativo e o caso em concreto, e uso de silogismo. Não se esclareceu o conceito de litispendência – ou seja, não se fixou a premissa maior do silogismo – antes de se concluir que o fato de não ter havido trânsito em julgado tornava a discussão irrelevante.

Olhemos agora o que se afirmou acerca da contratação de servidores temporários no Município de Santana. Rosa Weber inicia pela análise da prova, transcrevendo o que havia sido dito sobre ela por uma juíza do TRE-AP, Stella Ramos. Segundo essa, haveria prova robusta de que a Prefeitura de Santana comandada por Robson Rocha, fora usada sistematicamente para fins eleitoreiros em 2014. Nos trechos transcritos há poucas referências ao conteúdo da prova. Para a Relatora, a Juíza Stella Ramos fez minuciosa análise do conjunto probatório, concluindo que havia prova robusta de que a Prefeitura de Santana, sob o comando de Robson Rocha, foi usada com fins eleitoreiros. As vontades dos servidores contratados temporariamente teriam sido “captadas de maneira torpe, por coação, exigindo-lhes os votos como troca para permanência nos empregos e/ou promessa de continuarem trabalhando na prefeitura”. Mira Rocha, no voto da Juíza Stella Ramos, teria sido beneficiária direta do abuso de poder econômico praticado pelo seu irmão, o Prefeito Robson Rocha que promovia reuniões sempre convocando elevado número de servidores. Além disso, ela mesma teria cometido corrupção eleitoral, pois ameaçou, constrangeu e pediu votos a servidores, tendo obtido êxito, já que as testemunhas, inclusive as arroladas pela defesa, confirmaram que votaram nela e que eram obrigadas a comparecer aos atos de campanha. Quanto a Marcos Réategui, a Juíza Stella Ramos concluiu que a prova testemunhal não era segura o suficiente para desconstituir seu mandato, já que faltou solidez aos depoimentos das testemunhas que permitisse aferir a potencialidade das condutas para influenciar o resultado do pleito. Mais uma vez, utiliza-se, equivocadamente, o conceito de potencialidade. Remetemos o

leitor ao tópico anterior em que o assunto foi abordado.

Rosa Weber, no voto, registra que a juíza Stella Ramos foi quem realizou as oitivas das testemunhas e teve contato direto com os depoentes é que melhores condições tem de avaliar a sua credibilidade, por ter presenciado o comportamento e as reações durante os seus testemunho. No momento da prolação do acórdão, vigia ainda o antigo CPC de 1973, cujo art. 132 previa o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual o juiz que presidiu a audiência deveria prolatar a sentença. Ao que parece, o TSE perscrutou posição do legislador acerca dos valores a serem realizados pela legislação, utilizando-se, assim, do argumento transcategorico de MacCormick. Porém, embora haja doutrinadores⁴⁴⁰ que apoiem a posição de Rosa Weber, existem sérias dúvidas sobre ela. Eduardo José da Fonseca Costa, em obra sobre a imparcialidade dos juízes, defende que a oitiva de testemunhas pelo magistrado que proferirá a sentença traz “risco de graves distorções cognitivas e, por via de consequências, de arbitrariedades judiciais”⁴⁴¹.

Importante ressaltar a ausência de qualquer justificção e, portanto, saturação, já que não existe fundamentação quanto ao tema além da afirmação de que o juiz que teria feito a audiência teria maiores condições de examinar a prova. De omissão da justificção exsurge irracionalidade.

A Relatora destaca que os demais votos vencidos no TRE não contestaram a análise da prova feita pela Juíza Stella e que o voto vencedor fundamentou-se no fato de que a prova do uso indevido da contratação de servidores era exclusivamente testemunhal e que depoimentos prestados apenas após as eleições não mereciam credibilidade.

O TSE afastou uma das premissas do TRE-AP ao dizer que o lastro probatório não se resumia às provas testemunhais. Mostrou que foram apresentadas cópias dos contratos nos autos. Também fixou regras padrão para utilização da hipótese normativa do art. 368 determinando que o que o dispositivo veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja a vinda de uma única pessoa. Cita também a doutrina de Francisco Dirceu de Barros⁴⁴² sobre o tópico. Ainda quanto à prova testemunhal, a Relatora pontuou que a prova testemunhal, diversamente do decidido pelo TRE-AP, não pode ser descartada simplesmente porque o depoente não denunciou a irregularidade de imediato ou dela se beneficiou. Aplicou-se, analogicamente, a norma do processo penal que permite a oitiva dos que cometeram crimes.

⁴⁴⁰ PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 81.

⁴⁴¹ COSTA, E. J. DA F. **Levando a imparcialidade a sério**. Salvador: Juspodium, 2018, p. 142.

⁴⁴² BARROS, Francisco Dirceu. **Manual de prática eleitoral**. 2. ed. Leme: Editora J.H. Mizuno, 2018, p. 105.

Utilizada assim uma das formas especiais de argumentos jurídicos para Alexy, a analogia.

O TSE examinou depoimentos das testemunhas e informantes, além de documentos relativos às finanças da prefeitura, para concluir que as contratações temporárias foram feitas com finalidade eleitoral. Condenou, assim, Elizalmira do Socorro Rocha. Quanto a seu irmão, Robson Rocha, citando precedentes, como o RO 1334-25⁴⁴³, Rosa Weber reconheceu que por não ser candidato, não poderia ser parte legítima a figurar no polo passivo da representação fundada no art. 41-A da lei 9.504/97.

Em relação a Marcos Reátégui, Rosa Weber ressalva que basta que o candidato se beneficie de conduta grave para que seja condenado pelo abuso. Para ela, houve pedido de votos para Reátégui, mas não havia prova “suficiente de que ele tenha se beneficiado das condutas configuradoras do abuso de poder com a gravidade que seria necessária para o reconhecimento da procedência da AIJE ou AIME”. Cita dois precedentes (RO 2240-11⁴⁴⁴ e RO 6213-34⁴⁴⁵) em que se defende que a gravidade equivale à geração de desequilíbrio no pleito eleitoral. Já se demonstrou, há pouco, que acórdãos mais recentes, disponíveis a Rosa Weber no momento em que proferiu seu voto, caminham em sentido oposto a essa conclusão.

Façamos um balanço da decisão do TSE, o qual será utilizado ao final na compilação geradora das conclusões da pesquisa.

Constatam-se no acórdão elementos positivos à racionalidade como a justificação interna e o uso do silogismo jurídico; derrotabilidade; a utilização de precedentes; a fixação de regras de uso de linguagem; o estabelecimento de hipóteses normativas; a pretensão de universalidade; o uso de analogia, tipo especial de argumento jurídico; a transição entre discursos; o progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude; explicitação de premissas jurídicas e não jurídicas. Ocorre que há falhas que obliteram essa tentativa de ser racional.

As ofensas à irracionalidade vieram destas posturas: a) falha no uso de precedentes definidores do conceito de gravidade; b) ausência de saturação quanto à afirmação de que o juiz

⁴⁴³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1334-25**. Somente o candidato possui legitimidade para figurar no pólo passivo da ação lastrada no art. 41-A da lei 9.504/97. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 06 de março de 2017.

⁴⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2240-11**. Para avaliar a gravidade, é preciso considerar se os fatos narrados são suficientes para gerar desequilíbrio na disputa eleitoral ou evidente prejuízo potencial à lisura do pleito. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 18 de dezembro de 2017.

⁴⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 6213-34**. A procedência da AIME exige a demonstração de que os fatos foram potencialmente graves a ponto de ensejar o desequilíbrio no pleito, o que não se observou na espécie. Relator Min. José Antonio Dias Toffoli, 24 de março de 2014.

que faz a audiência tem maiores possibilidades de analisar a prova; e c) contradição quanto às definições de litispendência.

5.3.2.4 Dos autos 0000005-36.2015.6.20.0000⁴⁴⁶

Examinou o TSE um RO contra decisão do TRE/RN que julgou improcedente AIME em face de Antonio Jácome de Lima Júnior. Nela, afirma-se a utilização por esse de templos evangélicos com finalidades político eleitorais e a distribuição de combustíveis a eleitores no dia da eleição.

Segundo o Relator, Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, o TRE entendeu que não existiam elementos suficientes para demonstrar os fatos narrados na inicial e que eles não tiveram possibilidade de comprometer a lisura do pleito e a legitimidade dos votos atribuídos ao réu, então candidato a deputado federal. Transcreve o Relator o trecho do acórdão do TRE que, segundo ele, expunha fortes razões para a improcedência da ação. Imputou-se na inicial suposta promoção de atos de campanha e reuniões em templos evangélicos com objetivos eleitorais, além de distribuição ostensiva de gasolina a eleitores no Posto Fronteiras, em Igapó, na véspera da eleição, com o propósito de obter votos.

Quanto ao uso das igrejas, o acórdão recorrido pontuou que houve uma notícia encaminhada ao MP por Jaime Neves da Silva acerca de reuniões do candidato com dezenas de pastores para cooptação de votos e de uso de templo da igreja evangélica como comitê eleitoral. Ouvido em juízo, Jaime Neves, responsável pela liberação e eventos da Assembleia de Deus no estado, informou que em 01/09/2014 presenciou grupo de pessoas com bandeiras do candidato e um carro de som na parte externa da igreja fazendo propaganda para Antonio Jácome. Viu, ademais, duas pessoas dentro da igreja panfletando a favor deles. A equipe de fiscalização de propaganda do TRE compareceu mais de uma vez ao local e nada encontrou que denotasse a prática de propaganda, como declarou em juízo a chefe do grupo. Policiais que a teriam acompanhado também narraram nada ter visto que indicasse atos de propaganda do candidato Antonio Jácome. Outras duas pessoas foram ouvidas e não trouxeram novidade quanto ao tema.

⁴⁴⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0000005-36.2015.6.20.0000**. Não há elementos que demostrem que houve de fato uso de templos evangélicos com fins eleitorais e distribuições de combustíveis aos votantes no dia da eleição. A cassação de diploma exige a comprovação do abuso de poder por meio de provas robustas. Relator: Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, 25 de agosto de 2017.

Em relação à compra de votos, o TRE, citado pelo TSE, asseverou que busca realizada no local apreendeu notas de abastecimentos avulsas, cupons fiscais, pendrive e computadores. Para o julgado sob ataque, laudos elaborados pela PF não trouxeram qualquer elemento de prova da distribuição de combustível a eleitores em troca de voto. Nada se produziu que pudesse mostrar a autoria ou participação do impugnado no ilícito. Concluiu o TRE pela improcedência, fundado em precedentes do TSE que exigem prova robusta, consistente e inequívoca do abuso de poder econômico e corrupção em prejuízo à legitimidade do pleito para condenação. De acordo com o Relator no TSE, o acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do TSE e não merece reparos.

Utilizando-se de precedente do TSE, o Relator afirma que, segundo a jurisprudência do tribunal, a cassação de mandato só há de ser imposta em vista de conjunto probatório robusto dos abusos e meios determinantes a interferir no equilíbrio da disputa (REspe 4284650-26⁴⁴⁷). Essas provas não existem, para o Relator, o qual afasta a premissa menor do raciocínio do recorrente quanto à utilização do Templo Central da Igreja Evangélica Assembleia de Deus do Rio Grande do Norte destacando que a equipe de fiscalização do TRE/RN nada encontrou no local. Quanto à distribuição de combustível, Tarcísio Vieira, também baseando-se em precedentes, sustenta que para a configuração da captação ilícita de sufrágio, crucial apresentar prova robusta e incontestada da participação do candidato e do fato da benesse ter sido ofertada em troca de votos (AgR-AI 11453-74/MG⁴⁴⁸ e RO 191942/AC⁴⁴⁹). Para o TSE, a perícia técnica feita no material apreendido no posto bem como os depoimentos de proprietários e funcionários do estabelecimento bastam a demonstrar a ausência de lastro probatório seguro à condenação.

Por fim, vale apontar que tanto o TRE quanto o TSE apoiaram-se nas manifestações do MPF no papel de “custos legis”.

⁴⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 42844650-26**. A cassação do mandato em sede de ação de impugnação de mandato exige a presença de prova robusta, consistente e inequívoca. Relator Min. Dias Toffoli, 10 de março de 2014.

⁴⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 11453-74/MG**. É necessária a presença de prova robusta e incontestada, além da comprovação da participação direta ou indireta do candidato nos fatos tidos por ilegais, bem como da benesse ter sido ofertada em troca de votos. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 17 de outubro de 2011.

⁴⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 191942/AC**. A compreensão da reserva legal proporcional exige que a Justiça Eleitoral, para não se substituir à vontade do eleitor, considere a cassação de diploma de detentor de mandato eletivo apenas quando apresentadas provas robustas admitidas em direito de abuso de poder greve o suficiente a ensejar essa sanção. Com a edição da LC 135/2010, o reconhecimento do abuso gera também a inelegibilidade pelo prazo de oito anos, o que faz com o a proporcionalidade exija maior atenção. Relator Min. Gilmar Mendes, 08 de outubro de 2014.

Vamos ao balanço da decisão do TSE, a ser utilizado ao final na compilação das conclusões da pesquisa. Critérios de racionalidade foram obedecidos. Respeitaram-se os precedentes, citados em diversos momentos ao longo do texto. A propósito, a utilização de precedentes tem sido o meio de argumentação jurídica mais utilizado. O raciocínio é explicitado por meio de silogismo, sem qualquer ofensa à justificação interna. Há coerência, consistência e análise das consequências normativas, no momento em que citado precedente que trata dos efeitos da decisão e da necessidade de exigência probatória rígida. Se há algum vício quanto à racionalidade, restringe-se à falha na saturação exatamente quanto ao ponto do ônus probatório do autor. A mera citação da jurisprudência do TSE não parece suficiente a esclarecer a conceituação dos termos utilizados para determinar o ônus, tais como “prova robusta”.

5.3.3 Das decisões sobre o art. 73 da Lei 9.504/97

Os termos de pesquisa utilizado para compor o “*sampling frame*” são os expostos nos itens 5 e 6 do tópico 6.1: “cassação e mandato e art. 73”, e “cassação e mandato e art. 73 e RO”. A seguir, o pool de decisões das quais foram selecionadas 5 por meio de método randômico. Ressalte-se que quando o site do TSE identificava os autos com o número completo de 20 dígitos, esse era utilizado para identificá-los. Quando isso não aconteceu, usava-se a classe processual e o número de 4 a 6 dígitos fornecidos pelo TSE.

Número dos autos	Identificador
0600818-68.2018.6.25.0000	1
0000372-75.2016.6.08.0027	2
0608867-66.2018.6.19.0000	3
0000003-57.2017.6.14.0002	4
0600085-29.2020.6.13.0045	5
0601560-21.2020.6.00.0000	6
0608809-63.2018.6.19.0000	7
0601380-05.2020.6.00.0000	8
0600824-75.2018.6.25.0000	9
0000476-43.2016.0.62.6067	10
1804402-01.4624.0.00.0000	11
0000002-84.2017.6.10.0034	12
0000283-53.2016.6.19.0057	13
0007634-25.2014.6.19.0000	14

0000576-11.2016.6.06.0081	15
0000323-72.2016.6.21.0156	16
0000243-89.2016.6.13.0105	17
0002032-97.2014.6.03.0000	18
0001277-61.2014.6.25.0000	19
0001274-09.2014.6.25.0000	20
0000045-35.2016.6.13.0337	21
0000415-84.2016.6.26.0132	22
0005193-39.2014.6.13.0000	23
AgR-RO 519339	24
0000036-11.2016.6.24.0000	25
0002229-52.2014.6.03.0000	26
0000220-33.2016.6.00.0000	27
0002246-61.2014.6.04.0000	28
0000133-48.2012.6.18.0087	29
0000394-41.2010.6.04.0000	30
0002650-41.2014.6.21.0000	31
9998976-14.2008.6.13.0000	32
0001194-73.2014.6.06.0000	33
0000587-38.2012.6.26.0141	34
0000270-08.2012.6.21.0035	35
0000383-12.2012.6.19.0198	36
0000336-45.2012.6.24.0086	37
0000105-20.2014.6.13.0000	38
0000547-54.2012.6.20.0034	39
0001089-74.2012.6.13.0064	40
0001466-16.2012.6.13.0009	41
0042232-85.2008.6.20.0000	42
0000719-23.2012.6.19.0034	43
0000397-92.2012.6.24.0024	44
0000750-37.2012.6.13.0284	45
0000695-41.2012.6.09.0044	46
0000435-75.2012.6.20.0005	47
0002604-09.2014.6.19.0000	48
0000682-54.2012.6.13.0004	49
0002735-60.2007.6.25.0000	50
0004766-87.2006.6.25.0000	51
0000822-03.2012.6.16.0070	52
0054102-80.2008.6.18.0066	53
0000038-56.2010.6.18.0000	54

0042675-57.2009.6.00.0000	55
0000425-12.2012.6.26.0410	56
0000461-79.2012.6.24.0064	57
0000531-75.2012.6.16.0046	58
0003230-08.2010.6.14.0000	59
0000009-80.2011.6.14.0000	60
0000108-06.2012.6.00.0000	61
0042897-25.2009.6.00.0000	62
0006213-34.2010.6.12.0000	63
0029714-51.2008.6.20.0000	64
0002826-75.2010.6.24.0000	65
0001696-77.2010.6.23.0000	66
0000938-87.2010.6.27.0000	67
0042072-81.2009.6.00.0000	68
0038294-06.2009.6.00.0000	69
0004599-10.2010.6.15.0000	70
AgR-REspe 35831	71
AgR-REspe 28433	72
RO 1540	73
EDcl-RO 1497	74
RO 1497	75
AgR-AI 9093	76
REspe 28007	77
REspe 28040	78
REspe 27998	79
AgR-AI 8668	80
REspe 27737	81
REspe 26945	82
REspe 28395	83
AgR-AI 7968	84
REspe 25805	85
AgR-REspe 25770	86
REspe 26905	87
REspe 26875	88
0007634-25.2014.6.19.0000	89
0001274-09.2014.6.25.0000	90
0002229-52.2014.6.03.0000	91
0000394-41.2010.6.04.0000	92
0002650-41.2014.6.21.0000	93
0001194-73.2014.6.06.0000	94

0000105-20.2014.6.13.0000	95
0000547-54.2012.6.20.0034	96
0002604-09.2014.6.19.0000	97
0002735-60.2007.6.25.0000	98
0004766-87.2006.6.25.0000	99
0003230-08.2010.6.14.0000	100
0000009-80.2011.6.14.0000	101
0000108-06.2012.6.00.0000	102
0006213-34.2010.6.12.0000	103
RO 2362	104
0002826-75.2010.6.24.0000	105
0001696-77.2010.6.23.0000	106
0000938-87.2010.6.27.0000	107
0004599-10.2010.6.15.0000	108
RO 1453	109
RO 1497	110
REspe 27737	111

Os identificadores foram inseridos no site “random.org” e a lista randomicamente produzida é esta:

List Randomizer

There were 111 items in your list. Here they are in random order:

1. 42
2. 83
3. 100
4. 32
5. 67
6. 5
7. 16
8. 52
9. 66
10. 23
11. 9
12. 64
13. 70
14. 25
15. 59
16. 30
17. 8
18. 90
19. 80
20. 15
21. 2
22. 20
23. 92
24. 95
25. 69
26. 33
27. 65
28. 31
29. 11
30. 36
31. 76
32. 87
33. 110
34. 51
35. 97
36. 96
37. 46
38. 82
39. 39
40. 111
41. 47
42. 24
43. 49
44. 41
45. 48

46. 43
47. 17
48. 61
49. 102
50. 56
51. 13
52. 89
53. 77
54. 91
55. 26
56. 14
57. 38
58. 71
59. 106
60. 86
61. 10
62. 68
63. 63
64. 104
65. 37
66. 81
67. 105
68. 99
69. 34
70. 98
71. 53
72. 4
73. 93
74. 94
75. 109
76. 21
77. 103
78. 73
79. 107
80. 60
81. 62
82. 7
83. 108
84. 85
85. 57
86. 40
87. 58
88. 74
89. 79
90. 28
91. 72
92. 55
93. 50
94. 78
95. 19
96. 54

97. 88
98. 3
99. 29
100. 44
101. 12
102. 84
103. 35
104. 22
105. 6
106. 27
107. 18
108. 45
109. 75
110. 1
111. 101

Os cinco primeiros números da lista são 42, 83, 100, 32 e 67. Apontam, respectivamente, para os autos 0042232-85.2008.6.20.0000, REspe 28395/PE, 0003230-08.2010.6.14.0000, 9998976-14.2008.6.13.0000 e 0000938-87.2010.6.27.0000. Os autos do REspe 28395/PE, embora tenham aparecido na amostra, não se referem à conduta vedada, mas à captação ilícita de sufrágio e por isso não será analisado.

5.3.3.1 Dos autos 0042232-85.2008.6.20.0000⁴⁵⁰

O TSE julgou REsp ofertado contra decisão do TRE/RN que condenou o candidato a prefeito Lucídio Jácome Ferreira e Maria Vera Lúcia Rodrigues de Oliveira, candidatos eleitos, respectivamente, aos cargos de prefeito e vice-prefeito de Frutuoso Gomes, no Rio Grande do Norte, no ano de 2008, pela prática de conduta vedada no art. 73, IV da Lei das Eleições e de captação ilícita de sufrágio prevista no art. 41-A da Lei 9.504/97. Centramos o exame na decisão quanto à conduta vedada.

De acordo com a condenação, o candidato a prefeito utilizou-se de programa social denominado “cheque reforma” para promover sua candidatura. A prova dos autos demonstraria que vinculou-se o benefício ao nome do candidato e que a entrega foi feita em evento em que compareceram pessoas que participavam de sua campanha, como seu filho, candidatos a vereador

⁴⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 0042232-85.6.20.0000**. A prova dos autos não demonstra a utilização de programa social denominado cheque reforma para promover a candidatura do prefeito. a mera existência do programa social não é suficiente para a configuração do art. 73, IV da Lei 9.504/97, segundo o qual constitui conduta vedada- fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 21 de outubro de 2015.

e advogado da coligação – vestidas com as cores do partido. Na ocasião também se comprovou a presença de carro de som tocando a música da campanha.

O Relator, Henrique Neves, narra que por 4 x 3, o TRE/RN decidiu que em agosto de 2008, em Frutuoso Gomes, distribuíram-se quarenta cheques-reforma vindos de um programa do Governo do Estado instituído em 2005 e que beneficiava diversos municípios. A divergência na corte regional deu-se quanto ao exame da prova dos autos e da valoração dos testemunhas. Os votos vencidos consideraram que a prova seria contraditória; os vencedores, suficiente à caracterização do ilícito do art. 73, VI.

O Relator transcreve trecho do voto condutor em que se assevera o seguinte: a) o programa cheque-reforma, embora existisse nos anos anteriores, jamais tinha sido aplicado antes no município, tendo sido utilizado somente a dois meses da eleições; b) o nome de Lucídio estava na relação encaminhada pelo Governo do Estado indicando quem eram os responsáveis na cidade para viabilizar o repasse daquele benefício, como mostrou a Procuradoria Regional Eleitoral; c) A prova testemunhal apontou que o filho de Lucídio estava na calçada em frente ao local em que entregues os cheques e que havia um carro de som nas redondezas; d) quando o promotor eleitoral chegou ao local para suspender a entrega dos cheques, quem apareceu para tentar desembaraça-la foram os advogados do prefeito e o da coligação; e) as testemunhas narraram que antes da chegada do promotor no local em que estava sendo feita a distribuição, havia secretários municipais e vereadores ligados a Lucídio e um carro de som, guiado pelo irmão do réu, tocando música da campanha dele.

Para o TSE, a mera existência do programa social não é suficiente para a configuração do art. 73, IV da Lei 9.504/97, segundo o qual constitui conduta vedada fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público. Cita precedentes, como o AgR-AI 52-83⁴⁵¹. Aponta o TSE que para que a conduta em pauta se faça presente, é preciso demonstrar o caráter eleitoreiro do programa ou seu uso promocional para favorecer candidato, partido ou coligação. Mais uma vez, o Relator apoia-se em precedente – AgR-REspe 54275-32⁴⁵² - para afirmar essa tese.

⁴⁵¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 52-83**. A existência do programa social, isoladamente, não demonstra a ocorrência da conduta vedada prevista no art. 73, IV da Lei 9.504/97. Relator: Min. Carlos Velloso, 17 de dezembro de 2004.

⁴⁵² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial 54275-32**. Para que haja ilícito,

O TSE também fixa regra padrão para a utilização da hipótese normativa ao concluir que se exige, para a caracterização do ilícito descrito no art. 73, IV o reconhecimento de fatos que promovam determinada candidatura no momento da distribuição gratuita de bens ou serviços.

Estabelecidas as premissas maiores, o Relator passa a expor as menores. Defende que o mero comparecimento do representante da coligação e do advogado do candidato no local da distribuição dos cheques não basta a demonstrar a conduta, já que algo que ocorreu após a suspensão da prática infracional não pode ser considerado elemento caracterizador da infração. A presença do filho do candidato na calçada da frente, para o Relator, também não é capaz de atrair a incidência da norma em especial porque não se narrou qualquer ato de propaganda ou promoção praticado por ele quanto aos cheques. O que parecia encaminhar-se para a reforma da condenação acaba tornando-se sua confirmação quando o TSE relembra que o acórdão regional dá destaque a testemunho que esclareceu a presença no local da distribuição, antes da chegada do MP, do carro de som guiado pelo irmão do candidato a prefeito.

Henrique Neves pontua que o art. 73, parágrafo 10, da Lei 9504/97 prevê que o MP poderá promover o acompanhamento da execução financeira e administrativa dos programas sociais autorizados em lei e em execução no exercício anterior. O acórdão do TRE, para o Relator, revelou que o MP promoveu o acompanhamento da execução da distribuição dos cheques do programa em pauta. Conclui o TSE que o art. 73, IV da Lei da Eleições veda que atos administrativos praticados durante a campanha sejam usados como meio de divulgação das ações por eles empreendidas ou vinculados a candidatos.

Citando a jurisprudência do TSE⁴⁵³, Henrique Neves argumenta que há presunção de dano à regularidade das eleições quanto às condutas do art. 73 da Lei 9.504/97.

Finalmente, quanto à possível revisão dos fatos, o TSE cita as Súmulas 7 do STJ, 279 do STF para concluir que não há espaço, em REsp, para o reexame das provas e circunstâncias afirmadas pelas instâncias ordinárias. Anos depois, em 2016, o próprio TSE editou a Súmula 24, com o mesmo teor⁴⁵⁴. As súmulas vedam que se reveja o fato de que a distribuição dos cheques foi acompanhada por atos de propaganda eleitoral praticado pelo irmão do candidato.

é necessário demonstrar o caráter eleitoral do programa ou seu uso promocional para favorecer candidato, partido ou coligação. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 09 de outubro de 2012.

⁴⁵³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2232/AM**. Existe presunção de dano à regularidade das eleições relativamente às condutas previstas no art. 73 da Lei 9507/97. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 11 de dezembro de 2009.

⁴⁵⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula 24**. Não cabe recurso especial para simples exame do conjunto

Para o TSE, o que os recorrentes buscam não é a mera valoração ou reenquadramento fático, o que seria permitido. O Relator traz definição, ainda que sucinta, do que seria esse reenquadramento ou nova valoração ao dizer que o Tribunal, em recurso de natureza extraordinária, deve verificar se as premissas fixadas no acórdão recorrido se ajustam “à hipótese legal considerada (ou desconsiderada) pela instância ordinária”. Não é possível, porém, continua o Relator, tomar como ponto de partida que “os fatos teriam ocorrido de forma diversa ao consignado no acórdão recorrido”. Por conta dessa compreensão, o TSE também desconsiderou a alegação do recorrente quanto à demonstração da potencialidade, já que ela foi expressamente considerada pelo TRE ao tratar tanto da gravidade da conduta quanto do reflexo dela em quarenta famílias beneficiadas com o programa.

Conclui, assim, o Relator, pela improcedência do REsp, com fundamento em suma na impossibilidade de rever o contexto fático em REsp.

Passemos ao balanço da decisão do TSE, a ser utilizado ao final na compilação das conclusões da pesquisa. Critérios de racionalidade foram obedecidos. Respeitaram-se os precedentes, citados em diversos momentos ao longo do texto. Usaram-se argumentos sistêmicos, a partir dos precedentes que definiram interpretações judiciais fixadas sobre os termos da lei e aplicadas pelo TSE. A propósito, a utilização de precedentes, mais uma vez, é o meio de argumentação jurídica mais utilizado no acórdão. O raciocínio é explicitado por meio de silogismo. Há saturação e combinação no desenvolvimento da argumentação de etapas que esclarecem o conteúdo normativo com as que esclarecem o caso concreto, como se notou com mais clareza no trecho em que se excluiu a possibilidade de nova valoração dos fatos. Parece evidente que é mais simples a fundamentação de recursos especiais quando não há necessidade de se revalorar fato. Não surpreende, portanto, a ausência de traços de irracionalidade no julgamento em questão.

5.3.3.2 *Dos autos 0003230-08.2010.6.14.0000*

Nesse RO⁴⁵⁵, o TSE julgou simultaneamente recursos contra decisões do TRE/PA que julgaram procedentes

fático-probatório. Relator: Min. José Dias Toffoli, 24 de julho de 2016.

⁴⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 3230-08.2010.6.14.000/PA**. Para que se possa chegar à cassação do diploma não basta verificar a prática de ilícitos administrativos. É necessário que as irregularidades possuam correlação com o pleito eleitoral. Ademais, a prova da conduta imputada precisa ser robusta. Relator: Min. Henrique Neves, 09 de maio de 2014.

AIME e representação em que se discute a prática de conduta tipificada no art. 73, I e III da Lei 9.504/97.

Para o TRE, Paulo Sérgio Souza, eleito deputado estadual no pleito de 2010 e conhecido como Chico da Pesca, e os servidores Pedro Pereira de Souza, Francisco Maurício Gadelha Cunha e Talita Vieira Aranha, utilizaram-se da Superintendência de Pesca e Aquicultura no Estado do Pará (SFPAIPA) para colaborar com a campanha eleitoral de Chico da Pesca. Com base em procedimento administrativo instaurado pelo MP e pela Controladoria-Geral da União (CGU), além da oitiva de testemunhas, o TRE concluiu que os réus teriam montado escritório pessoal para uso da Secretaria em ações voltadas a apoiar a candidatura de Deputado Estadual de Paulo Sérgio Souza.

O TSE inicia o julgamento afirmando a tempestividade do recurso e abordando a adequação da representação processual dos autores dos recursos ordinários. Haveria habilitação regular, com o instrumento de procuração pertinente juntado aos autos, apenas quanto ao deputado estadual Paulo Sérgio. Para os demais, não existia tal instrumento concedendo poderes ao advogado subscritor do apelo ou certidão que comprovasse o arquivamento do instrumento de mandato em secretaria. O Relator, com base no art. 13 do antigo CPC, sustentou que é possível conceder prazo para a regularização da representação mesmo em sede recursal. Houve um debate intenso, com o Min. Marco Aurélio e outros, sem qualquer limitação temporal ou de número de intervenções. Aqui a regra de Alexy de que todo aquele que pode falar poderá tomar parte no discurso e a de que quem aduziu um argumento está obrigado a dar mais argumentos em caso de contra-argumentos, normalmente de cumprimento improvável no ambiente judicial por conta de limitações temporais e procedimentais, foi seguida à risca. Os Ministros, com a discordância de Marco Aurélio, fixaram regra padrão para a utilização da hipótese normativa no art. 13, conforme o qual “verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito”. Para o voto vencido, tal dispositivo só aplicaria às petições iniciais e não aos recursos. Embora o Min. Marco Aurélio tenha dito que a jurisprudência da casa era nesse sentido, de fato não o era, na visão dos demais, e ele acabou derrotado.

O TSE passa, então, a tratar da alegação de nulidade originada em cerceamento de defesa dos recorrentes. Esses alegam que a nulidade adveio do fato de ter sido permitido ao MP a juntada de provas após o oferecimento de defesa. O Relator ataca a premissa menor do silogismo, lembrando que a representação fora oferecida a partir de procedimento administrativo

instaurado pelo MP Eleitoral que tomou ciência da ação de busca e apreensão ajuizada pelo MP perante a Justiça Federal. Tal ação foi antecedida de comunicação da CGU informando a existência ilícitos na Superintendência Federal de Pesca e Aquicultura no Estado do Pará (SFPAIPA). A petição inicial da representação consignou expressamente que os fatos estavam sendo apurados pela CGU e, no último parágrafo dela, MP protestou por todos os meios de prova e “a posterior juntada de novos documentos a serem encaminhados pela CGU (com o quantitativo preciso do[s] eleitores e perícias feitas nos materiais apreendidos (fl. 14 do RO nº 3230-08)”.

Ademais, prossegue o Relator, na ata de audiência consta que os representados tiveram o pedido de desentranhamento dos documentos juntados posteriormente pelo MP indeferido. Pediram, ainda, a juntada de novos elementos de prova. Não houve, portanto, qualquer prejuízo a defesa que teve a oportunidade de se manifestar e produzir prova em relação a tudo que foi ofertado pelo MP. Como pontuou o Relator, a prova veio aos autos antes mesmo da oitiva das testemunhas, possibilitando que as partes se manifestassem sobre ela no curso da instrução e nas alegações finais.

Passando à análise do lastro probatório quanto à conduta vedada, o TSE destaca pontos relativos ao capítulo da decisão do TRE que julgou improcedente a imputação de captação ilícita. Para o TRE, não é possível atribuir com exclusividade o aumento da concessão de seguro defeso, destinado aos pescadores, ao uso eleitoreiro indevido da SFPAIPA. Para o Relator, é relevante, mesmo para o julgamento da conduta vedada, o fato do TRE não ter considerado que ficou comprovado nos autos pedido, promessa ou condicionantes de voto em troca de cadastramento de pescadores ou pagamento do seguro defeso.

O Relator reconhece que nota técnica da CGU juntada aos autos mostra que entre janeiro de 2009 e junho de 2010, 84,56% dos pagamentos de seguro defeso apresentaram irregularidade. Foram identificados, como aponta o próprio TSE, prejuízos de R\$ 353.259,00. Para o TSE, porém, a matéria relativa aos crimes contra a administração pública e o patrimônio público foge da competência da Justiça Eleitoral e não pode ser resolvida no rito sumário e restrito das ações eleitorais. Haveria, assim, “invasão de competência das instâncias próprias e violação ao devido processo legal”. Conclui dizendo que na AIJE, “a análise da matéria deve ser restrita aos temas do direito eleitoral, que são relativos à prática de conduta vedada e abuso de poder”. Aqui, há contradição evidente. O que, na seara eleitoral, se denomina “conduta vedada”, corresponde, na maioria das vezes, na esfera administrativa e penal, à improbidade e crimes contra a

administração pública. Não há qualquer invasão de competência pela justiça eleitoral o fato dessa afirmar a existência ou não de conduta vedada. Isso em nada influencia o julgamento por outros ramos do judiciário, os quais continuam independentes para reconhecer a prática de crime ou de improbidade independentemente do que disser a Justiça Eleitoral quanto à conduta vedada.

A propósito, quanto à conduta vedada, o TRE considerou presentes os fatos descritos no art. 73, I e III. Aquele trata da cessão ou uso de bens em benefício de candidatos; esse, da cessão ou uso de serviços de servidor público ou empregado, durante o horário do expediente, em benefício de campanha. De acordo com Relator, os denunciantes indicaram que a sede da SFPAIPA seria usada para reuniões políticas e que veículo utilizado exclusivamente por Francisco Maurício teria sido destinado à campanha do recorrente. Segundo o TSE, não há provas de tais fatos. Aqui, mais um problema de contradição: no relatório do julgado do TSE, apontou-se que as violações seriam muito maiores que a utilização de sede para reuniões políticas ou de veículo por Francisco Maurício. Relataram-se uso de integrantes, dos sistemas da SFPAIPA e de serviços por ela prestados. Veja-se, nesse ponto, o que diz a ementa do acórdão atacado do TRE-PA⁴⁵⁶ :

Conjunto fático-probatório que aponta clara e inequivocamente para o uso da máquina pública a partir de um grande engenho montado para assegurar a utilização de servidores; bens móveis e imóveis; banco de dados sigilosos; sistema operacional de controle de registro de inclusão no cadastro de pescador (RGP), viabilizando o uso da Superintendência da Pesca no Pará no interesse político-eleitoral do impugnado – 1º Representado, configurando o abuso de poder político perpetrado através de condutas absolutamente vedadas.

O Relator deu ênfase ao fato de que o TRE-PA absolveu o imputado pela prática de captação ilícita, mas ignorou a condenação pela conduta vedada e pelo abuso de poder político previsto no art. 22 da LC 64/90. Além de novamente haver contradição na postura do TSE, há vício quanto a justificação externa. Afinal, as premissas utilizadas são falsas. No acórdão do TRE-PA, há um tópico de título “Do uso da máquina pública – uso de servidores e bens públicos” em que se narra ilícito praticado por Paulo Sérgio Souza, conhecido como Chico da Pesca. O

⁴⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Pará. **Representação 3230.08.2010.6.14.0000**. O uso pelo candidato e seus apoiadores da máquina pública, com a utilização de servidores, bens, banco de dados e sistemas para conferir benefícios irregulares a pescadores, constitui conduta vedada e abuso de poder político. Ação de impugnação de mandato eletivo e representação por conduta vedada julgadas procedentes. Relator: Juiz André Ramy Pereira Bassalo, 01 de setembro de 2011.

Relator do TRE-PA destaca que a defesa apresentada pelo então impugnado não traz, nas palavras dele “uma só palavra acerca do uso de servidores e bens da secretaria como anunciado na peça vestibular”. O Relator no TSE cometeu o mesmo pecado. No acórdão atacado, cita-se um quadro com 11 pessoas sem vínculo com a Secretaria que nela trabalhariam em benefício do candidato e o funcionamento delas dentro de núcleos organizados. Nada disso é mencionado pelo TSE. O próprio deputado Chico da Pesca, pontua o TRE-AP, confessa que foi o responsável direto pela contratação de ao menos Francisco Maurício, entregando-lhe senha pessoal para manipular dados de controle do sistema RGP. Disse ainda o parlamentar que Maurício era uma espécie de colaborador dele e pago por ele mesmo. O Relator no TRE destaca que a participação dos sucessores do Deputado Chico da Pesca na chefia da SFPAIPA, foi confirmada por depoimentos colhidos no curso da instrução, “em especial os referentes ao núcleo operacional estabelecido na exposição feita na inicial”. Nada disso sequer é mencionado na decisão do TSE.

Limitou-se o Relator do TSE a tratar do uso de carro, afirmando que “não houve prova que pudesse identificá-lo com maior precisão, não se demonstrando em que momento ou local o veículo teria sido usado na campanha”. Acrescentou que as referências a ele constam em denúncia formulada em abril de 2010, momento distante da campanha eleitoral, a qual, em regra começa a partir de 05 de julho. Parece evidente, aqui, a confusão entre o comportamento ilícito, que não respeita barreiras temporais criadas pela lei para o início da campanha, e a data de inauguração das campanhas eleitorais posta pela Lei 9.504/97.

No mais, o TSE se refere a testemunhas que demonstrariam a inocorrência das reuniões políticas com utilização das dependências do órgão público, ignorando completamente os graves fatos e provas citados pelo TRE como demonstradores da ocorrência da conduta vedada.

Passemos ao balanço dos principais aspectos quanto à racionalidade. Pelos parâmetros de MacCormick e Alexy, o julgado em análise tem pouco de racional. O maior dos pecados é ignorar os fatos apontados na fundamentação na decisão que constituiriam parte da premissa menor do julgamento de qualquer RO que a atacasse. Somam-se a ele as contradições pontuadas. Existem, portanto, erros na apresentação do raciocínio por meio de silogismos. – equívocos na justificação interna – e ausência de correspondência entre os elementos neles usados e o que de fato ocorreu, o que constitui violação da justificação externa. O TSE ainda assumiu postura irrazoável já que ignorou fatos relevantes e distorceu a importância de diversos fatores.

O Relator – e, portanto, o TSE, já que ele proferiu o voto vencedor – se contradisse

grandemente quando tratou de uma suposta interferência da Justiça Eleitoral em outros ramos do Poder Judiciário. Veja-se que no último acórdão em que conduta vedada foi abordada aqui, os autos 0042232-85.2008.6.20.0000⁴⁵⁷, relatados pelo mesmo Ministro um ano depois e que versava sobre prefeitos, nada parecido com essa afirmação veio à tona. Ofendida, portanto, a universalidade.

Não houve qualquer debate aprofundado quanto à interpretação ou fixação de regras padrão para as hipóteses normativas. Esse não pareceu ser o ponto em discussão. Não é de admirar, assim, terem sido deixados de lado argumentos linguísticos, teleológicos, sistêmicos, e transcategoricos, utilizados, segundo MacCormick, para solucionar os problemas interpretativos. Diga-se o mesmo quanto aos argumentos jurídicos elencados por Alexy, como a interpretação, a dogmática, a argumentação prática geral e as suas formas especiais: a analogia, o *argumentum a contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*. Há surpresa quanto aos precedentes: pela primeira vez, entre todos os acórdãos já analisados, não são citados.

5.3.3.3 Dos autos 9998976-14.2008.6.13.0000

Trata-se de AgRg em REspe⁴⁵⁸ em que os agravantes pretendem a revisão de condenação pela prática de conduta vedada. Segundo o Relator Min. Gilmar Mendes, houve representação pela coligação “Monte Santo de Todos Nós” contra Sandra Aparecida Cecílio da Silva e José Manoel de Pádua, candidatos eleitos ao cargo de prefeito e vice-prefeito, além de José do Carmo de Paula Braga, então prefeito, e a “Coligação Defesa do Povo”. Imputou-se aos réus a prática dos ilícitos previstos no art. 73, IV e VI, b, da Lei 9.504/97. Segundo eles, constitui conduta vedada: a) V - fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público; b) nos três meses que antecedem ao pleito, autorizar publicidade institucional dos atos programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos federais, estaduais ou municipais, ou das respectivas entidades da administração indireta, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim reconhecida pela Justiça Eleitoral.

O TRE de Minas Gerais, em recurso eleitoral, cassou os diplomas dos candidatos eleitos a prefeito e vice e impôs multa a José do Varmo da Paula, que comandava a prefeitura à época dos fatos. Rejeitou, ainda, o TRE-MG, preliminar de ilegitimidade passiva do vice-prefeito eleito, Noraldino Pereira, o qual havia substituído o candidato indicado na inicial, José Manoel.

⁴⁵⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 0042232-85.6.20.0000**. A prova dos autos não demonstra a utilização de programa social denominado cheque reforma para promover a candidatura do prefeito. a mera existência do programa social não é suficiente para a configuração do art. 73, IV da Lei 9.504/97, segundo o qual constitui conduta vedada- fazer ou permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 21 de outubro de 2015.

⁴⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial 9998976-14.2008.6.13.0000**. Inviável no caso concreto novo reenquadramento jurídico dos fatos sem que se faça o reexame da prova dos autos, o que é vedado em recurso especial eleitoral. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de março de 2017.

Em trecho do acórdão transcrito pelo TSE mostra-se que houve distribuição de milhares de pares de tênis para alunos da rede pública municipal, sem previsão orçamentária. Afirmou-se, também, a participação nessa conduta vedada da candidata à prefeita, então secretária de educação municipal, Sandra Aparecida Cecílio Silva.

Sandra Aparecida, Noraldino Pereira de Castro e José do Carmo de Paula Braga opuseram EDcl, que foram rejeitados pelo TRE-MG. Os dois primeiros interpuseram recursos especiais, cujo seguimento foi negado monocraticamente pelo Min. Marco Aurélio. As partes, então, manejaram AgRg contra dessa decisão.

Gilmar Mendes inicia o voto retomando os argumentos de Marco Aurélio, para quem deveria ser negado seguimento ao REsp por conta do “óbice de reexame de fatos e provas nesse instrumento recursal”. Não se fez referência, aqui, à lei, súmula ou precedente sobre o ponto. Marco Aurélio destaca que o TRE, ao julgar os EDcl, mostrou que a questão relativa à data em que a recorrente deixou a Secretaria de Educação do Município não foi relevante para o reconhecimento da ilicitude da conduta. As provas mostraram que ela de fato integrou a administração pública do município em 2008 e que a distribuição de tênis aos alunos da rede pública beneficiou indevidamente sua candidatura. Ressaltou-se ainda que o TRE afastou a tese de violação aos arts. 128 e 293 do CPC revogado, já que constava na petição inicial a distribuição irregular de tênis, razão pela qual não há que se falar em julgamento “*ultra*” ou “*extra petita*”. A mera menção à condição de integrante da administração, feita pelo TRE, não representa inovação na causa de pedir. Para o TSE, tal postura é permitida pelo art. 23 da LC 64/90, segundo o qual o tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzido, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não alegados pelas partes, desde que preservem o interesse público na lisura eleitoral. Essa postura quanto ao art. 23, como se verá, não se repetirá no julgamento da chapa Dilma-Temer.

Quanto à alegação de que o programa social já estava em execução orçamentária desde o ano de 2007, Marco Aurélio argumentou que o TRE mostrou que o programa social somente estava previsto no orçamento, mas não se encontrava de fato em execução. Não haveria lei amparando a doação discutida nos autos, já que a Lei 1581/2007 trazida pela defesa abria crédito adicional de fato, mas limitava sua utilização ao exercício de 2007. O voto divergente reconheceu que em 2007 nenhum tênis foi distribuído aos alunos.

No que toca à idade dos beneficiários, Marco Aurélio em seu voto transcrito por Gilmar Mendes relatou que TRE apontou que houve ampla publicidade dirigida aos pais e responsáveis, o que significa que a distribuição dos tênis atingiu parcela considerável dos eleitores. Por fim, quanto ao fato dos peticionantes terem dado ênfase à violação de disposições relacionadas à previsão orçamentária, nada impede a corte regional de examinar os fatos sob a perspectiva das condutas previstas no art. 73 da Lei 9.504/97. Com base nesses argumentos, o TRE negou provimento aos EDcl, o que o TSE considerou correto. No voto de Marco Aurélio citado por Gilmar Mendes, afirmou-se que se atendeu a garantia constitucional da prestação jurisdicional, pois o que os embargantes queriam era obter novo exame do acervo fático-probatório.

Quanto à inaplicabilidade da pena de cassação do art. 73, parágrafo quinto, da lei 9.504/97, Marco Aurélio lembrou que com o fim do mandato, o exame da matéria acabou prejudicado. Em relação à multa, ao contrário do dito pelos recorrentes, não houve qualquer ofensa à irretroatividade, já que a sanção foi inserida no parágrafo 5º do art. 73 da Lei 9.504/97 pela Lei 9840/99.

Gilmar Mendes finaliza seu voto concluindo que “o AgRg não merece prosperar, pois não foram trazidos argumentos novos aptos a modificar as conclusões da decisão agravada, que deve ser mantida”.

Realizemos o balanço do acórdão do TSE quanto à racionalidade. Começemos lembrando que a matéria devolvida ao exame do TSE em REsp abarca somente ofensa à lei federal ou dissídio jurisprudencial. A teor da súmula 24⁴⁵⁹ do TSE, “Não cabe REspe para simples reexame do conjunto fático-probatório”. O TSE deixará de admitir o recurso que busque que sejam reconhecidos fatos ou ignorados outros em desconformidade com o afirmado em segundo grau. Marco Aurélio, que proferiu a decisão atacada via AgRg, havia dito que o recurso manejado buscava justamente tais objetivos que lhe são vedados. O AgRg submeteu a decisão de Marco Aurélio ao colegiado, o qual concordou com ele. Natural que o Relator do agravo repetisse argumentos usados por Marco Aurélio, replicando suas qualidades e defeitos quanto aos critérios de racionalidade.

Nota-se falta de saturação em apenas um momento, no trecho em que Gilmar Mendes, citando Marco Aurélio, defende que “deve-se negar o REsp por conta do óbice de reexame de fatos e provas nesse instrumento recursal”. Ausente, portanto, a explicitação de toda as premissas jurídicas, o que acaba por ofender a exigência de saturação. Por outro lado, pode-se dizer que a matéria é por demais conhecida por todos os integrantes do tribunal, o que tornaria aceitável a omissão em citar os dispositivos legais regedores da matéria, especialmente na presença de súmula editada pelo próprio TSE quanto ao tema.

Quanto aos demais pontos, os argumentos são expostos corretamente por silogismo, respeitando-se a justificação interna. São seguidas a universalidade e a derrotabilidade. Fixam-se regras padrão para utilização da hipótese normativa, em especial quanto à ausência de violação dos arts. 128 e 293 do antigo CPC e a possibilidade de uso do art. 23 da LC 64/90 para permitir que a corte regional analisasse os fatos da inicial sob a ótica do art. 73 da Lei 9.504/97.

Como se vê, pelos parâmetros de MacCormick e Alexy, o julgado em análise tem pouco de irracional. Critérios de racionalidade foram obedecidos. Com exceção do ocorrido em trecho já destacado, há saturação e combinação no desenvolvimento da argumentação de etapas que esclarecem o conteúdo normativo com as que iluminam o caso concreto. Parece claro que é mais simples a fundamentação de recursos especiais quando não há necessidade de se revalorar fatos. Não surpreende, portanto, a ausência de traços de irracionalidade no julgamento em questão.

⁴⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Processo Administrativo 32345**. Decide o tribunal expedir a Súmula 24, segundo a qual não cabe recurso especial eleitoral para reexame do conjunto fático-probatório”. Relator: Min. José Dias Toffoli, dia 24, 27 e 28 de junho de 2016.

5.3.3.4 Dos autos 0000938-87.2010.6.27.0000⁴⁶⁰

O TRE do Tocantins julgou procedente representação proposta pelo MP contra Carlos Henrique Amorim, então governador, condenando-o pela prática da conduta vedada prevista no art. 73, §4º, da Lei 9.504/97. Oferecido REsp, o TSE o recebeu como ordinário, fundamentando a decisão em seus precedentes (RO 1.498⁴⁶¹). Para o TSE, se o feito versar sobre inelegibilidade ou envolver possibilidade de cassação de diploma e mandato relativos a eleições federais e estaduais, o recurso a ser manejado é sempre o ordinário.

Transcrevendo trechos do acórdão do TRE, o Relator Arnaldo Versiani narra que houve exposição de grande quantidade de tratores e motos numa das principais avenidas de Palmas, entre 29 e 30 de junho. Ao lado das máquinas havia várias faixas com os dizeres “Acelera Tocantins”; “Governo do Estado de Tocantins”; “Trabalho e compromisso com você”; “O crescimento do estado passa pelas estradas que estas máquinas vão abrir”; “Com as novas máquinas as distâncias encurtam e o estado cresce”; “267 máquinas para manutenção e construção de novas estradas”; “Mais uma grande realização do governo do Estado do Tocantins”.

Contrariando a tese do recorrente, o TSE assevera que, como afirmara o TRE, houve exposição excessiva de máquinas e motos em ambiente público em data próxima ao pedido de registro de candidatura. As mensagens, para o Relator, extrapolaram o caráter meramente informativo e não devem ser consideradas mera publicidade institucional.

Passa então o TSE a tratar da hipótese normativa do art. 73, I da Lei 9.504/97 e sua aplicação ao caso. Para o acórdão, o fator relevante não é se os bens foram ou não utilizados para sua destinação específica. Lançando mão da interpretação teleológica, define o TSE que a finalidade da norma é impedir que o administrador público utilize a máquina administrativa em benefício do candidato. Assim, qualquer uso do patrimônio público pode, a princípio caracterizar a conduta vedada.

Transcrevendo trechos da decisão atacada, o TSE aponta que: a) o local estava sinalizado com placas e faixas que remetem diretamente ao governador Carlos Henrique Amorim, havendo, inclusive o uso logomarca da gestão; b) a motos foram colocadas em exibição exatamente no dia da convenção partidária do PMDB que escolhe o recorrente para disputa do cargo de governador a reeleição; c) era do conhecimento público que Carlos Henrique Amorim era candidato à reeleição. Tais premissas levam o Relator a concluir que em vez de publicidade institucional, houve, na verdade, promoção pessoal do então governador.

Esclarece o TSE se a exposição excessiva em ano eleitoral de bens móveis adquiridos pelo estado, por si, já traz benefícios ao ocupante do cargo, tais benefícios são ampliados quando há veiculação de mensagens eleitoreira no momento do registro de candidatura.

⁴⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0000938-87.2010.6.27.0000**. É cabível recurso ordinário se o processo versar sobre matéria que possa ensejar cassação de registro ou de diploma estadual ou federal, tenha ou não havido procedência do pedido. Comprovada a utilização em benefício de candidato, a cessão ou uso de bens públicos, mesmo dissociada da sua finalidade, pode configurar a conduta vedada prevista no art. 73, I da Lei 9.504/97. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 25 de agosto de 2011.

⁴⁶¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 938-87.5010.6.27.000**. Seja o acórdão regional de procedência ou improcedência do pedido, ou mesmo que tenha acolhido preliminar extinguindo o processo, sempre caberá recurso ordinário se o caso versar sobre inelegibilidade e cassação de mandato ou diploma. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 19 de março de 2009.

O recorrente defendeu que o art. 73, I, exige que a conduta nele prevista tenha sido praticada nos três meses anteriores ao pleito. Reza o dispositivo que constitui conduta vedada ceder ou usar em benefício de candidato, bens móveis ou imóveis pertencentes à administração pública direta ou indireta, salvo para realização de convenção partidária. Rechaçando a exigência levantada pelo governador, o Relator lança mão de precedente (EDcl-RO 1497⁴⁶²) em que se define que o período de três meses é mencionado apenas nos incisos V e VI do art. 73. Em todos os demais incisos não há fixação de prazo, razão pela qual não caberia ao intérprete reduzir o alcance deles ao prazo de três meses que antecede as eleições. Utilizando-se da coerência, pontua o Relator que se estamos a tratar de agentes públicos, não se pode permitir interpretação que amplie no tempo a execução de condutas vedadas pela lei. Não fosse assim, continua o precedente, o “próprio conteúdo do art. 73, nitidamente moralizador, poderia ser esvaziado”

Finalizando seu voto, o Relator concluiu que não houve ofensa ao art. 22 da LC 64/90 pelo fato do feito ter sido julgado no TRE por juiz auxiliar. Na verdade, a demanda não foi examinada sob o enfoque de abuso de poder, mas sob as lentes do art. 73, I das Eleições. Com isso, não há que se falar em ofensa ao art. 22, o qual exige que o Relator seja o corregedor regional eleitoral. Fosse a representação julgada com base no art. 22 não teria sido imposta pelo acórdão do TRE apenas a multa do art. 73, §4º, mas teria havido cassação de diploma e mandato, além de imposição de inelegibilidade.

Partamos ao exame da decisão segundo os critérios de Alexy e MacCormick. Não foram notados elementos de irracionalidade. Quanto aos pontos que trazem racionalidade, há justificação interna, com os argumentos sendo exposto por meio do silogismo, utilização de precedentes, interpretação teleológica para superar dúvidas quanto ao sentido da norma e explicitação das premissas do raciocínio e saturação, em especial no ponto relativo à demonstração que não houve apenas publicidade institucional. Respeitam-se ainda a universalidade e a derrotabilidade.

5.3.4 Das decisões sobre o art. 30-A da Lei 9.504/97

O uso no site do TSE dos termos de pesquisa expostos nos itens 7 e 8 do tópico 5.1. gerou apenas um resultado, os autos 0000565-58.2000.6.00.000⁴⁶³. Esse processo relacionava-se a período fora do lapso temporal abarcado pela pesquisa. Para se tentar criar um “*sampling frame*” com um número razoável de amostras, os termos foram mudados para “arrecadação e gastos e representação RO”. A seguir, o conjunto de decisões gerado, das quais foram selecionadas 5 por meio de método randômico. Ressalte-se que quando o site do TSE identificava os autos com o número completo de 20 dígitos, esse era utilizado para identificá-los. Quando isso não aconteceu, usaram-se a classe processual e o número de 4 a 6 dígitos fornecidos pelo TSE.

⁴⁶² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Embargos de Declaração no Recurso Ordinário 1497**. Se não estiver expressamente consignado em outro sentido, deverá a Justiça considerar o prazo de um ano antes da eleição para examinar as condutas vedadas. Relator: Min. Eros Grau, 24 de março de 2009.

⁴⁶³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 0000565-58.2000.6.00.0000**. Prefeito que assume o cargo de secretário de estado durante o mandato não poderá retomá-lo, nos termos da constituição de 1969. Relator: Min. Dinis de Andrada, 10 de março de 1994.

Número dos autos	Identificador
0601467-76.2018.6.27.0000	1
0603726-45.2018.6.09.0000	2
0601627-96.2018.6.20.0000	3
0600002-04.2019.6.16.0000	4
0600005-07.2019.6.25.0000	5
0600001-08.2019.6.20.0000	6
0601616-19.2018.6.11.0000	7
0000006-86.2015.6.14.0000	9
0003172-63.2014.6.14.0000	10
0000006-86.2015.6.14.0000	11
0000006-86.2015.6.14.0000	12
0600706-40.2018.6.20.0000	13
0002188-47.2014.6.08.0000	14
0000012-39.2015.6.16.0000	15
0002622-47.2010.6.27.0000	16
0000012-33.2015.6.27.0000	17
0000001-91.2013.6.17.0116	18
0000151-69.2014.6.00.0000	19
0047142-16.2008.6.00.0000	20
0000010-54.2011.6.18.0000	21
0000010-54.2011.6.18.0000	22
0022953-77.2010.6.26.0000	23
0000005-81.2011.6.09.0000	24
0000393-22.2011.6.04.0000	25
0000003-40.2011.6.26.0000	26
0000555-57.2013.6.00.0000	27
0002623-32.2010.6.27.0000	28
0000017-46.2011.6.18.0000	29
0000018-21.2011.6.04.0000	30
0007114-68.2006.6.11.0000	31
0004434-82.2010.6.07.0000	32
0001947-10.2010.6.01.0000	33
0000006-82.2011.6.12.0000	34
0000010-54.2011.6.18.0000	35
0000008-74.2011.6.04.0000	36
0000006-82.2011.6.12.0000	37
0002745-56.2010.6.23.0000	38
0002746-41.2010.6.23.0000	39
0007123-30.2006.6.11.0000	40
0007114-68.2006.6.11.0000	41
0018740-28.2010.6.26.0000	42
0031784-45.2007.6.00.0000	43
AgR-RO 2325 - GOIÂNIA - GO	44
RO 1453 - BELÉM - PA	45
RO 1523 - GOIÂNIA - GO	46
0000469-48.1997.6.00.0000	47
AgR-RO 1500	48
RO 1679 - PALMAS - TO	49
RO 1454 - FIRMINÓPOLIS - GO	50

RO 1635 - NATAL - RN	51
0047197-64.2008.6.00.0000	52
RO 1540 - BELÉM - PA	53
RO 1498 – VILA VELHA - ES	54
RO 1596 - BELO HORIZONTE - MG	55
RO 2339 - SÃO PAULO - SP	56

Os identificadores foram inseridos no site “random.org” e a lista randomicamente produzida é esta:

[Home](#)
[Games](#)
[Numbers](#)
[Lists & More](#)
[Drawings](#)
[Web Tools](#)
[Statistics](#)
[Testimonials](#)
[Learn More](#)
[Login](#)

RANDOM.ORG

True Random Number Service

List Randomizer

There were 55 items in your list. Here they are in random order:

1. 51
2. 16
3. 53
4. 49
5. 19
6. 55
7. 4
8. 54
9. 24
10. 39
11. 10
12. 35
13. 13
14. 9
15. 2
16. 28
17. 44
18. 3
19. 32
20. 52
21. 33
22. 41
23. 50
24. 25
25. 14
26. 20
27. 45
28. 1
29. 37
30. 30
31. 40
32. 34
33. 23
34. 29
35. 43
36. 26
37. 56
38. 46
39. 31
40. 48
41. 12
42. 6
43. 38
44. 27
45. 36

46. 18
47. 15
48. 47
49. 21
50. 7
51. 11
52. 42
53. 17
54. 22
55. 5

IP: 2804:7f7:d581:9c78:88b8:677c:6df9:43a2
Timestamp: 2021-11-29 19:01:47 UTC

Os cinco primeiros números da lista são 51, 16, 53, 49 e 19. Apontam, respectivamente, para os autos RO 1635 – Natal-RN, 0002622-47.2010.6.27.0000, RO 1540 – Belém-PA, RO 1679 – PALMAS-TO e 0000151-69.2014.6.00.0000. Passemos à análise deles.

5.3.4.1 Dos autos do Recurso Ordinário 1635 - Natal/RN

O TSE julgou RO ⁴⁶⁴ interposto por Joacy Pascoal do Nascimento, candidato ao cargo de deputado federal nas eleições de 2006, contra acórdão do TRE/RN que o julgou pela prática das infrações previstas no art. 30-A e 41-A da Lei 9.504/97. A condenação fundada naquele será objeto de exame.

O Relator Marcelo Ribeiro inicia reconhecendo o interesse jurídico do segundo suplente do deputado recorrente, o qual era o primeiro suplente. A cassação do diploma desse levaria à ocupação da primeira suplência por aquele. Por isso, deferiu-se o ingresso do segundo suplente como assistente.

No mérito, o TSE, no que toca ao art. 30-A, manteve a decisão atacada. Segundo o Relator, a prova dos autos mostra que o recorrente utilizava o Instituto SOS, uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), para beneficiar sua candidatura. Busca determinada pelo juízo eleitoral logrou encontrar santinhos, marcadores de Bíblia, fotografias de Joacy Pascoal e cartões de atendimento em que constavam os números dos títulos eleitorais dos beneficiários. O delegado que cumpriu a busca, ouvido em juízo, informou que na bolsa de Frankingleide Celina Maria da Silva, que se encontrava no instituto e declarou trabalhar na campanha de Joacy Pascoal, foram encontrados muitos santinhos. Outra testemunha, motorista do

⁴⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1635/RN**. O art. 30-A não trata de abuso de poder. Comprovadas arrecadações ou gasto ilícito, haverá cassação de mandato, devendo ser feito juízo de proporcionalidade. Relator: Min. Marcelo Ribeiro. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 18 de setembro de 2009.

Jornal Correio da Tarde, Diógenes Silva da Cruz, alegou que quando foi ao instituto solicitar um exame para sua mãe, uma funcionária da fundação chamou-lhe e entregou santinhos de Joacy Pascoal. A funcionária pediu que ajudasse o candidato Joacy Pascoal, pois estavam em campanha política e se ele não ajudasse a fundação iria fechar.

Acrescentou o TSE que prova pericial feita em computadores do Instituto SOS demonstrou a ligação entre o instituto e a campanha de Joacy Pascoal. Em primeiro lugar, os cadastros informatizados tinham nomes, endereços, números dos títulos, zonas e seções dos eleitores, telefone, além de diversos pedidos como óculos, atendimento médicos, próteses, etc. Em segundo, havia um sistema denominado “Atendimento ao Eleitoral – Joacy Pascoal” com pastas denominadas “eleição-joacy”, “dep Joacy Pascoal” e outras semelhantes. Havia, ainda, registros manuscritos de pedidos de eleitores, como o de R\$ 97,00 para renovar a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) e R\$ 150,00 para pagar água e luz. Uma testemunha, Suele Ferreira dos Santos, que trabalhou no instituto entre julho e outubro de 2006, afirmou que nesse período houve atendimento médico e odontológico no local.

Após fixar parte das premissas menores do raciocínio silogísticos – os fatos demonstrados nos autos - o Relator estabelece regra padrão para utilização da hipótese normativa do art. 30-A. Cita um precedente (REspe 28357⁴⁶⁵) para defender que a norma não trata de abuso de poder e por isso bastaria a demonstração da arrecadação ou gastos ilícitos para as campanhas eleitorais, preservada a proporcionalidade, para a cassação de diploma. Não há, porém, qualquer conceituação acerca da proporcionalidade. Faz-se apenas menção à atuação do instituto por alguns anos e em várias ocasiões. Deixam de ser explicitadas, portanto, todas as premissas do raciocínio.

Defende o Relator que a utilização da OSCIP constitui doação vedada pelo art. 24, V, da Lei 9.504/97, segundo o qual veda-se a partido e candidato receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro procedente de entidade de utilidade pública. Os cartazes, santinhos e computadores periciados indicam que o Instituto SOS foi usado em prol da candidatura. Ademais, foi graças a projeto de lei subscrito pelo recorrente que o instituto foi reconhecido como entidade de utilidade pública. Os funcionários do gabinete do parlamentar orientavam os interessados a procurar a entidade, como explicado por testemunhas.

⁴⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 28357**. A adoção do rito do art. 22 da LC 64/90 para as representações relativas à arrecadação e gastos de recursos não implica o deslocamento da competência para o corregedor. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 24 de abril de 2009.

Por conta desse quadro probatório, o TSE julgou improcedente o recurso, mantendo-se a condenação.

O conjunto probatório aqui, como em outros casos, é bastante robusto. Ao que parece, nessas hipóteses o TSE realmente não se preocupa em esclarecer todos os pontos da sua fundamentação. Façamos o balanço dos critérios de racionalidade. O raciocínio é exposto por silogismos, respeitando-se a justificação interna, com obediência à universalidade e a derrotabilidade. As premissas maiores foram expostas, com a citação das normas pertinentes. Foram utilizados precedentes. A coerência do sistema foi respeitada, no trecho em que o Relator cita que receber verba de instituto público é vedado expressamente pela legislação, razão pela qual a conduta em questão corresponde à arrecadação ilícita prevista no art. 30-A. Mais uma vez, citam-se precedentes. Houve desenvolvimento da argumentação das etapas que esclareceram o conteúdo normativo com as que explicitaram o caso concreto, num progressivo caminhar em que o raciocínio se concluiu quando se demonstrou eu a situação concreta correspondeu à previsão normativa. A única falha, seja nesse caminhar, seja na explicitação de premissas, deu-se em relação ao conceito de proporcionalidade. Não se preocupou o Relator em esclarecê-lo, apesar de afirmar a existência de proporcionalidade no caso em julgamento.

5.3.4.2 Dos autos do Recurso Ordinário 00002622-47.2010.6.27.0000

O TSE julgou RO ⁴⁶⁶ manejado pelo MP visando reformar decisão do TRE de Tocantins que julgou improcedente ação lastreada no art. 30-A da Lei 9.504/97 oferecida em face de deputado estadual. Para o TSE, não há irregularidade no fato de candidato tomar empréstimos de pessoas físicas e aportar em sua campanha como se fossem recursos próprios. Considerou ainda necessária obediência ao princípio da proporcionalidade a qual leva à conclusão de que somente nos casos em que houvesse gravidade suficiente, fosse possível a condenação pelo art. 30-A.

A Relatora, Ministra Luciana Lóssio, informa que Amália Maria Santana da Silva teve suas contas de campanha rejeitadas pelo fato de parte dos recursos por ela arrecadados terem se originado em empréstimos tomados de pessoa física. A resolução que tratava do tema, a

⁴⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2622-47.2010.6.27.0000**. Não há vedação para a pessoa física do candidato contrair empréstimos junto a terceiro e aportar, a título de recursos próprios, o montante em sua campanha. A representação do art. 30-A da Lei 9.504/97 exige para sua procedência juízo de proporcionalidade. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 24 de fevereiro de 2017.

23.217/2010, previa apenas empréstimos bancários. Segundo o TRE-TO, o objetivo da resolução era impedir a triangulação de recursos, pois bastaria a terceiro que quisesse doar sem se identificar fazer a doação ao candidato para que ele mesmo a aportasse na campanha como se recurso próprio fosse.

O TSE manteve a decisão do TRE-TO. O MP, então ofereceu, com base nesse acórdão, representação por captação ilícita de recursos para a campanha. O TRE julgou improcedente o pedido.

Em seu voto, Luciana Lóssio demonstra que dos R\$ 196.066,74 utilizados na campanha, R\$ 82.000,00, ou 41,82%, originaram-se de empréstimo oferecido pelo irmão da candidata. Asseverou que o cerne da questão estava em determinar o caráter lícito ou ilícito do empréstimo contraído por candidato junto a pessoa física para fins eleitorais. Afirmada a impossibilidade, o passo seguinte seria aferir a gravidade do ato para se apurar se a cassação do mandato seria proporcional à conduta.

Defendeu a Relatora que a Resolução TSE 23217/2010, no art. 17, previa somente que “os empréstimos bancários contraídos pela pessoa física do candidato serão considerados doação de recursos próprios se aplicados na campanha eleitoral”. Não há proibição, continua Luciana Lóssio, para utilização de empréstimos em geral. Citando precedente (AgR-AI 14822/MG⁴⁶⁷), lança mão de argumento sistêmico para fixar interpretação restritiva aos dispositivos eleitorais. De acordo com ela, não é possível dar interpretação ampliada a dispositivo que limita direito.

Fixando regras padrão para utilização da hipótese normativa, a Relatora estabelece como premissa que o candidato não se equipara ao administrador público, a quem só é permitida a prática dos atos expressamente previstos em lei. Apoia-se na doutrina e Hely Lopes Meireles⁴⁶⁸ para consignar que “a lei para o particular significa pode fazer assim; para o administrador público significa deve fazer assim”.

Utilizando a coerência do sistema, ela diz que seu argumento é reforçado pelo fato de que na legislação aplicável ao pleito de 2012 (Resolução TSE 23.376/2011⁴⁶⁹) e 2014 (Resolução

⁴⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 14822-MG**. Não é possível dar interpretação ampliada a dispositivo que restringe direito. Relator: Min. Gilson Dipp, 18 de setembro de 2012.

⁴⁶⁸ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35.

⁴⁶⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.376, de 01 de março de 2012**. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros, e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2012/RES233762012.htm>. Acesso em:

TSE 23.406/2014⁴⁷⁰), as normas que tratavam do empréstimo bancário foram reformuladas, passando a referir-se a todo e qualquer empréstimo. Nos outros pleitos, entre 2000 e 2008, acrescenta a Relatora, sequer as resoluções do TSE traziam, quanto aos empréstimos, dispositivo correspondente aos referidos. A norma, portanto, foi adotada apenas para as eleições de 2010. Apelando às consequências da interpretação, Luciana Lóssio sustenta que seria desarrazoado aceitar que a regulamentação da mesma Lei 9.504/97 – já que as resoluções servem a regulamentá-la – atraísse consequências normativas tão distintas em pleitos diversos. Há, aqui, a utilização do consequencialismo como idealizado por MacCormick.

A Relatora conclui seu raciocínio afirmando que o julgador deve prestigiar a vontade popular, restringindo a pena de cassação às situações delitivas que se revestirem de gravidade e repercussão social. Não apresenta, porém, para a afirmação, nenhum argumento lastreado nas normas regedoras do direito eleitoral.

Depois do voto da Relatora, pede vista o Min. Henrique Neves, para quem a questão a ser resolvida diz respeito à origem do dinheiro que ao final foi utilizado pela candidata. Ao apresentar seu voto, destaca que a origem dos recursos na conta do irmão que emprestou o dinheiro, é nebulosa, como mostrou a quebra de sigilo bancário. Não se chegou à perfeita identificação do depósito de R\$ 80.000,00 que foi feito na conta dele em 01/12/2010. Logo em seguida, foram feitas as transferências para a candidata. Para Henrique Neves, porém, há presunção de boa-fé que milita em favor da candidata em razão de ela ter declarado a operação na sua prestação de contas, e, por isso, acompanha a Relatora. Finaliza seu voto dizendo ver necessidade da corte regulamentar a hipótese em eleições futuras e aprofundar o debate. Faltou para Henrique Neves explicitar as premissas do raciocínio. Por que o simples fato de ter declarado a operação traz presunção de que os recursos são lícitos? Uma coisa é a origem do recurso; outra a declaração da sua existência. Afirmar essa nada tem a ver com a licitude daquela.

O Min. Gilmar Mendes também proferiu voto em separado. Começa fixando a premissa de que adota posição restritiva em relação a todo o sistema judicial de impugnação de mandatos. Considera que se não o fizesse, haveria judicialização extremada do processo político,

04 dez. 2021.

⁴⁷⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.406, de 27 de fevereiro de 2014**. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros, e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2014. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2014/normas-e-decisoes/normas-e-documentacoes/resolucao-no-23.406>. Acesso em: 04 dez. 2021.

desprezando-se a soberania popular. Adota-se, aqui, raciocínio consequencialista que ignora as consequências normativas.

Pontua Gilmar Mendes que se deve impor a sanção de cassação do diploma apenas quando houver provas incontrovertidas e robustas do ilícito. Não define, porém, o que seriam tais provas.

Acrescenta que a boa-fé da recorrida foi demonstrada pelo fato de fazer constar em sua prestação de contas a utilização dos recursos oriundos de empréstimo. Utiliza-se de precedente do TSE para determinar que cabe ao representante o ônus de comprovar a origem ilícita ou gasto ilícito na campanha eleitoral violador do art. 30-A (RO 22953-77/SP⁴⁷¹). Menciona ainda outro precedente (RO 1974-10⁴⁷²) para defender que a ofensa do art. 30-A não pode ser meramente contábil, devendo comprometer a moralidade da eleição para gerar a cassação. Ao final, Gilmar Mendes também acompanha Luciana Lóssio.

Façamos o balanço dos critérios de racionalidade. Começamos pelos elementos que colaboram com ela. O raciocínio é exposto por silogismos, respeitando-se a justificação interna. Há respeito à universalidade e derrotabilidade. As premissas maiores, na maioria das vezes, são exibidas, com a citação das normas pertinentes. Foram utilizados precedentes. A coerência foi prestigiada, em especial no trecho em que a Relatora fez análise das regulamentações da prestação de contas diante da Lei 9.504/97. Aqui, utiliza-se também a interpretação histórica e exame das consequências normativas pela Relatora. Houve, majoritariamente, desenvolvimento da argumentação das etapas que esclareceram o conteúdo normativo com as que explicitaram o caso concreto. Novamente, dá-se grande destaque aos precedentes. Fixam-se regras padrão para a utilização da hipótese normativa ao se concluir que não se admite interpretação extensiva.

Passemos aos elementos que afastam a racionalidade. Nos trechos em que a Relatora e Gilmar Mendes defendem que o julgador deve prestigiar a vontade popular, restringindo a pena de cassação às situações delitivas que se revestirem de gravidade e repercussão social, não são explicitadas as premissas maiores do raciocínio. Inexiste na legislação, vale dizer, qualquer referência à repercussão social. Peca ainda o TSE ao não definir o que seria a prova robusta.

⁴⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 22953-77/SP**. O MP Eleitoral deve trazer provas incontestas que o pagamento a maior a duas pessoas objetiva burlar a legislação eleitoral atinente à destinação de sobras de campanha. Relator: Min. João Otávio Noronha, 28 de outubro de 2014.

⁴⁷² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1947-10/AC**. Cabe ao representante comprovar a existência de ilícitos que extrapolem o universo contábil e possuam relevância jurídica para comprometer a amoralidade da eleição, 12 de setembro de 2013.

Outra falha está na ausência de desenvolvimento da argumentação no trecho em que o Min. Henrique Neves estabelece relação de causa e efeito entre a declaração do recurso na prestação de contas e a presunção de que são lícitos.

5.3.4.3 *Dos autos do Recurso Ordinário 1540/PA*

Nesse RO ⁴⁷³, os recorrentes atacaram decisão do TRE do Pará que julgou procedente ação oferecida pelo MP imputando a Durbiratan de Almeida Barbosa, candidato eleito suplente de deputado estadual, o ilícito do art. 30-A da Lei 9.504/97 e o abuso de poder econômico descrito no art. 22, XIV da LC 64/90. O exame se centrará na fundamentação referente ao art. 30-A.

O Relator Min. Felix Fisher, inicia seu voto superando a alegação de decadência. Após analisar o histórico da jurisprudência do TSE, ele concluiu que nas hipóteses de incidência do art. 30-A, o interesse de agir não desaparece após as eleições. Tendo em conta a interpretação sistêmica, o TSE define que em outras representações da Lei 9.504/97, como a do art. 41-A e do art. 73, é razoável estabelecer a data da diplomação como marco decadencial, já que a partir dela o tema pode ser tratado em outro instrumento processual. Quanto à representação do art. 30-A, essa possibilidade não existe para o TSE. O único marco temporal capaz de afastar o interesse na ação fundada nesse dispositivo é o encerramento do mandato.

Passa então o Relator a enfrentar a alegação de nulidade por incompetência do corregedor para relatar o feito. As representações do art. 30-A, segundo o recorrente, deveriam ser distribuídas livremente. Para o TSE, no caso dos autos há cumulação de objetos: de um lado a captação ilícita de recursos; de outro o abuso de poder econômico. Aquele foi o meio para esse. O rito a ser seguido tanto na representação do art. 30-A quanto na apuração do abuso de poder está

⁴⁷³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1540/PA**. Não há que se falar em inépcia da petição inicial quando a ação for instruída com todos os documentos essenciais. O trânsito em julgado da prestação de contas não é requisito para a interposição da ação do art. 30-A. A captação ilícita de recursos envolve tanto recursos de fontes vedadas como de fontes não vedadas que não transitem pela conta do candidato, não sejam declarados e sejam aplicados indevidamente na campanha. O abuso de poder econômico pode decorrer da captação ilícita. Relator: Min. Felix Fischer, 01 de junho de 2009.

previsto no art. 22 da LC 64/90. Tal dispositivo prevê, vale destacar, no art. 22, que a ação será distribuída ao corregedor. Deve-se manter a competência do corregedor, segundo o TSE, sempre que a ação com fundamento no art. 30-A for cumulada com a ação que busca apurar o abuso de poder. Utilizando-se de um precedente segundo o qual a adoção do rito do art. 22 da LC 64/90 não implica o deslocamento da competência para o corregedor quando se apurar o ilícito do art. 30-A, o corregedor faz uso da forma especial de argumento jurídico denominada *argumentum a contrario* para dizer que quando também for apurado o abuso, a competência será do corregedor.

Quanto à suposta impossibilidade jurídica do pedido pelo fato dos efeitos do art. 30-A só poderem incidir sobre candidatos eleitos, o TSE esclarece, fixando regra padrão para utilização a hipótese normativa, que o art. 30-A tem como consequência negar ou cassar diploma. Cita o Relator a doutrina de Edson de Resende Castro⁴⁷⁴ para asseverar que podem ser objetivo de investigação a movimentação de recursos fora da conta bancária da campanha, o recebimento de doações de fonte vedada ou sem a missão do recibo eleitoral e a realização de gastos eleitorais diversos do rol taxativo do art. 26 da lei 9.504/97, praticada por qualquer diplomado, inclusive os suplentes.

No que toca à alegação de ilegitimidade ativa do MP, o TSE rechaça a tese do recorrente segundo a qual o fato do MP não constar no rol dos legitimados do art. 30-A seria suficiente a afastar-lhe a legitimidade. Cita o Relator o art. 127 da CF/88, de acordo com o qual o MP é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. É do dispositivo constitucional que viria a legitimidade do MP. Faz referência o Relator a precedente em que essa legitimidade foi afirmada (RO 1596/MG⁴⁷⁵).

Quanto aos fatos ensejadores da condenação, destaca o Relator que eles são incontroversos. O acórdão recorrido afirmou que houve recebimento de doações estimáveis antes da abertura da conta bancária específica para eleição e que o recorrente angariou fundos para sua campanha sem a emissão dos correspondentes recibos eleitorais, como reconhecido pelo contador

⁴⁷⁴ CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e Prática do Direito Eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 343.

⁴⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso ordinário 1596/MG**. O MP é parte legítima para investigações judiciais destinadas a apurar ilícitos eleitorais relativos à arrecadação de recursos e aos gastos de campanha eleitoral. Não há nulidade de prova produzida em investigação pelo MPF, PF e Receita Federal e depois compartilhada. Inexiste cerceamento de defesa quando o julgador indefere a produção de provas desnecessárias. Não é necessário esperar o término de inquérito policiais para que as provas nele inseridas sejam utilizadas. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 16 de março de 2009.

do recorrente. Esse limitou-se a alegar que não haveria demonstração da potencialidade necessária a configurar o abuso do poder econômico e que não haveria prova da quebra da legitimidade e lisura do processo eleitoral. Em nenhum momento nega-se nos autos que houve a captação ilícita de recursos.

Quanto à potencialidade, o Relator, utilizando-se de argumento transcategorico para abordar a posição do legislador sobre os fins e valores a serem realizados pela legislação, expressa sua compreensão sobre o tema. Para ele, a potencialidade não é exigível para a incidência do art. 30-A da lei 9.504/97, considerando os bem jurídicos pela norma tutelados: a moralidade e a lisura das eleições. O que há de se examinar é a proporcionalidade ou relevância jurídica do ilícito no contexto da campanha. Felix Fischer, com bastante honestidade intelectual, cita precedente do TSE contrário à sua posição (RP 1176/DF⁴⁷⁶), mas sustenta que é chegada a hora de superar aquele entendimento. Isso porque não existe, segundo o Relator, qualquer vínculo de causalidade entre a prestação de contas (ou os erros dela decorrentes) e a legitimidade do pleito. Exigir a potencialidade seria tornar ineficaz a previsão do art. 30-A, limitando-o somente a mais uma hipótese de abuso de poder. Lembremos que ainda não vigia, no momento em que prolatado o voto, a LC 135/2010, que expressamente afastou a exigência de potencialidade para configuração do abuso.

Finaliza o Relator seu voto sustentando que o bem jurídico tutelado pela norma revela que o que se busca preservar é o princípio constitucional da moralidade, posto no art. 14, parágrafo nono, da CF/88. Para protegê-lo, é mais adequado, continua Felix Fischer, averiguar a proporcionalidade em vez da potencialidade do dano. Apoia-se o Relator também na doutrina de José Jairo Gomes, para quem embora “não se exija que o evento seja hábil a desequilibrar as eleições, também não se afasta a incidência do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade”⁴⁷⁷.

Após fixar as premissas maiores, o TSE inicia a análise dos fatos para verificar se houve ou não potencialidade. Destaca o Relator que: a) o total de fundos arrecadados sem a emissão de recibo equivalia a R\$ 1.100,00; b) quanto à arrecadação de recursos antes da abertura da conta

⁴⁷⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação 1176/DF**. É exigível que os fatos articulados na Representação Eleitoral tenham a potencialidade de influir no resultado do pleito. Sem ela, haverá somente comunicação de mera bagatela, que não gerará atuação jurisdicional. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 26 de junho de 2007.

⁴⁷⁷ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 389-390.

específica de campanha, o valor foi de R\$ 7.098,00. Embora em ambos os casos tenha havido ofensa à legislação regeadora da forma de arrecadação e gastos, não há, para o TSE potencialidade. Isso porque, quanto aos recibos, o valor equivale a mero 1% do total gasto. E quanto à arrecadação anterior à abertura de conta, não há dúvida quanto à origem ou destinação dos recursos; o que se questionou foi somente a forma pela qual foram contabilizados. Não houve, portanto, repercussão de monta na campanha do candidato, razão pela qual considerou o TSE desproporcional a imposição da sanção do art. 30-A da Lei 9.504/97. Aqui, parece claro que o TSE utiliza-se da derrotabilidade de MacCormick.

Com base em tais argumentos, votou o Relator pela procedência do recurso para afastar a cassação do diploma.

Examinemos a racionalidade do voto segundo os critérios de MacCormick e Alexy. Os argumentos são expostos com base no silogismo, respeitando-se a justificação interna. Respeita-se a universalidade. O TSE fixou regras padrão para utilização da hipótese normativa e combinou no desenvolvimento da argumentação etapa definindo o conteúdo normativo com as que tornam claro o caso em concreto, com progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude e conclusão do raciocínio apenas quando se demonstra que a situação concreta corresponde à previsão normativa. Isso foi visto especialmente no ponto relativo à potencialidade. Foram usados argumentos transcategoricos e dogmáticos, com destaque para os precedentes e a doutrina. Ao tratar da competência, o TSE lançou mão de forma especial de argumento jurídico, o *argumentum a contrario*. Utilizou-se ainda de argumento sistêmico, quando definiu que o único marco temporal capaz de afastar o interesse de agir na ação lastreada no art. 30-A era o término do mandato. Por fim, ainda quanto a potencialidade, o tribunal expôs o seu uso como manifestação da derrotabilidade.

Não se notaram elementos que pudessem ofender os critérios de MacCormick e Alexy no caso em pauta.

5.3.4.4 Dos autos do Recurso Ordinário 1679/TO

Nesses autos⁴⁷⁸, o TSE afirmou a intempestividade de RO manejado pelo MP contra decisão do TRE de Tocantins que julgou improcedente representação do art. 30-A.

⁴⁷⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1679/TO**. O prazo recursal do Ministério Público

O caso é bastante simples. Inicia o Relator Felix Fischer informando que o TRE do Tocantins proferiu acórdão julgando improcedente representação proposta pelo MP em desfavor de Paulo Roberto Ribeiro com fulcro no art. 30-A. Para o TRE, em vista da proporcionalidade e razoabilidade, o valor inconsistente na prestação de contas não teve potencialidade para influir no pleito. Lembremos que esse critério foi afastado no julgado tratado no tópico anterior, proferido três meses antes. Caso o TSE reafirmasse a posição do TSE, haveria ofensa à universalidade, mas a corte sequer chegou a apreciar o mérito.

No recurso, o MP defende que a existência de caixa dois é suficiente para demonstrar que o candidato gastou mais do que declarou, sendo irrelevante saber quão a mais foi gasto. Como o objetivo da norma seria garantir a isonomia da disputa eleitoral, não haveria que se falar em potencialidade de influenciar no resultado das eleições. Salienta o recorrente a gravidade dos fatos, consistentes na arrecadação de recursos antes do partido emitir recibos eleitorais e gastos não informados na prestação de contas.

Em suas contrarrazões o recorrido defende, preliminarmente, a intempestividade do recurso. No mérito, aduz que não houve irregularidades, mas apenas pequenas discrepâncias na contabilidade que não teriam potencialidade para desequilibrar o pleito.

O Relator, ao tratar da preliminar, destaca que o art. 18. II, h, da LC 75/93 prescreve que a intimação do MP deve ser pessoal, com encaminhamento dos autos à secretaria. Cita precedentes na sua argumentação, como o AgR-REspe 34204/RJ⁴⁷⁹ e o AgR-RO 693/TO⁴⁸⁰. Pontua que no caso concreto, a intimação do MP ocorreu em 21/05/2008, data em que os autos foram recebidos em sua secretaria. Destaca o Relator que as ações do art. 30-A seguem o rito previsto na Lei 9.504/97, a qual prevê, no art. 96, § 8º, o prazo de recurso de 24 horas. Utiliza-se também o Relator da jurisprudência do TSE⁴⁸¹⁴⁸² e da doutrina de José Jairo Gomes⁴⁸³ para afirmar que a

Eleitoral inicia-se com o recebimento dos autos na sua secretaria. A lei 9.504/97 estabelece que o prazo do recurso para as condenações do art. 30-A é de 24 horas. Oferecido o recurso após 24 horas do recebimento na secretaria do Parquet, há intempestividade. Relator: Min. Felix Fischer, 01 de setembro de 2009.

⁴⁷⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial 34204/RJ**. É tempestivo o recurso especial interposto pelo Ministério Público, considerada a fluência do prazo recursal a partir do recebimento dos autos na sua secretaria. Relator: Min. Marcelo Riberio, 11 de novembro de 2008.

⁴⁸⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário 19410-ES**. Para fins de intimação do MP, considera-se suficiente o recebimento do feito na Secretaria do Ministério Público Federal. Relator: Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, 12 de setembro de 2003.

⁴⁸¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 26904/TO**. É de 24 horas o prazo recursal de embargos de declaração contra acórdão regional que versa sobre representação fundada no art. 96 da Lei 9.504/97.

⁴⁸² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1494/SE**. O prazo para recurso contra decisão tomada com base no art. 41-A da Lei 9.504/97 é de 24 (vinte e quatro) horas. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 26 de setembro

Lei 9.504/97 estabeleceu rito especial quanto ao descumprimento de seus preceitos, o que afasta a regra geral do art. 258 do CE que estabelece o lapso de três dias sempre que a lei não fixar prazo especial. Quanto à jurisprudência do TSE, os precedentes citados referem-se a EDcl e à representação do art. 41-A, mas aplicam-se analogicamente à representação do art. 30-A. O TSE, esclareça-se, não afirmou que estava usando os precedentes aplicando a analogia. Segundo a jurisprudência do TSE, concluiu o Relator, o prazo recursal das representações relativos ao descumprimento da Lei 9.504/97 é de 24 horas.

Concluiu o TSE pela intempestividade do recurso, já que esse foi interposto mais de 24 horas depois que os autos ingressaram nas dependências do MP.

A simplicidade excessiva do caso colabora com a racionalidade. Os argumentos são expostos por silogismo, respeitando-se a justificação interna. São fixadas regras de uso da norma e há explicitação das premissas. Houve combinação no desenvolvimento da argumentação de etapas que esclareçam o conteúdo normativo com o caminhar para normas de conteúdo concreto. Obedeceu-se à universalidade, já que atendida a necessidade de que ao menos uma norma universal fosse apresentada na fundamentação - a fixação o prazo de 24 horas de recurso – e dela se seguiu logicamente a conclusão. Se houve alguma falha, está no fato do TSE não ter explicitado que os precedentes que usou para fixar o prazo recursal aplicam-se ao caso graças à analogia, forma especial de argumento jurídico. Quanto ao desrespeito pela decisão atacada dos precedentes do TSE relativos à potencialidade, basta dizer que o mérito não chegou a ser discutido pelo TSE.

5.3.4.5 Dos autos 0000151-69.2014.6.00.000/TO

Trata-se de REsp⁴⁸⁴ interposto por José Genaldi Ferreira Zumba e José Florência Costa Filho contra acórdão do TRE de Pernambuco que, ao reformar o julgamento de primeiro grau,

de 2008.

⁴⁸³ GOMES. José Jairo. **Direito Eleitoral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 407-408.

⁴⁸⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 0000151-69.2014.6.00.000/TO**. O ilícito do art. 30-A busca proteger e igualdade entre os disputantes do prélio eleitoral. A conduta reputada ilegal deve ser analiticamente descrita pelo magistrado, vedando-se a aplicação de sanções eleitorais gravosas ancoradas em mera ilações ou presunções. O postulado da razoabilidade é parâmetro normativo adequado para aferir a gravidade e a relevância jurídica do lícito em processos envolvendo a captação ou gasto ilícito de recursos em campanhas eleitorais. Relator: Min. Luiz Fux, 19 de dezembro de 2016.

cassou os diplomas dos recorrentes, prefeito e vice do município pernambucano de São João, pela ofensa aos arts. 30-A da Lei 9.504/97 e art. 22 da LC 64/90.

O Relator Min. Luiz Fux, inicia seu voto afirmando que a controvérsia dos autos gira em torno da caracterização ou não de abuso de poder econômico com lastro na omissão de receitas e despesas de campanha eleitoral. Passa então a, nas palavras dele, “estabelecer premissas teóricas acerca da captação ilícita de recursos (Lei das Eleições, art. 30-A)”. Temos, então, a determinação de regras padrão para a utilização da hipótese normativa. Citando a doutrina de Edson de Resende Castro⁴⁸⁵ e Rodrigo Lopes Zílio⁴⁸⁶, Fux defende que o art. 30-A destina-se a resguardar três bens jurídicos fundamentais ao Direito Eleitoral: a igualdade, a higidez e a lisura na competição. Se a campanha for alimentada com recursos de fontes proibidas ou obtidos ilicitamente, ela acaba por contaminar-se, segue Fux, ancorando-se em José Jairo Gomes⁴⁸⁷. A captação e os gastos das campanhas devem se situar nos limites previstos pela legislação eleitoral, sob pena de se destruir o postulado da igualdade de chances no processo eleitoral. Para Fux, a caracterização do ilícito do art. 30-A exige o exame das circunstâncias do caso concreto para se aferir se os bens jurídicos por ele protegidos foram ou não ofendidos. Parece clara, aqui, a referência à proporcionalidade, embora o Relator não desenvolva esse conceito.

Relata Fux que as falhas na prestação de contas e manejo de recursos geradoras da cassação dos diplomas foram a utilização de carro pelo candidato, de caminhão palanque, de jingle de campanha, de carro de som e de automóveis para locomoção de eleitores para eventos políticos. Notou-se, ainda, a presença de locutor e comício conhecido como Tony França, distribuição de DVDs e não abertura de conta bancária. Inicia o Relator então a análise de cada um dos fatos.

Quanto à ausência da abertura de conta bancária, defende Fux que houve apenas um equívoco quanto ao nome do titular da conta, já que foi aberta em nome do partido e não do candidato a prefeito. Apesar do erro gerar desaprovação e contas, os gastos da campanha realmente transitaram exclusivamente por essa conta, o que justifica o afastamento da cassação.

Considera o Relator que, mantida a condenação, haveria ofensa à razoabilidade que se traduziria num paternalismo judicial não justificado, instituto extraído por Fux de Jorge Reis Novais⁴⁸⁸. Fux faz uso ainda do

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 366.

⁴⁸⁶ ZILIO, Rodrigo Lópes. **Direito Eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Verbo Jurídico, 2010, p. 570.

⁴⁸⁷ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 574.

⁴⁸⁸ NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais**

conceito de razoabilidade, em sua acepção de equidade, defendida por Humberto Ávila⁴⁸⁹. Para ele, haveria desproporção entre a medida adotada – a cassação – e o critério que a dimensiona, já que “as falhas apontadas não demonstram, per se, a gravidade, à luz da razoabilidade, apta a ensejar a cassação dos diplomas dos candidatos eleitos”. Note-se, aqui, que falta saturação. Qual o referencial de análise para se apontar que as falhas não são graves? Nada se menciona quanto ao tamanho do município, os valores totais, o número de eleitores, a diferença de votos entre vencedor e vencido, o grau de dolo envolvido nas falhas, e assim por diante. Não se combinam, portanto, no desenvolvimento da argumentação as etapas que esclareçam o conteúdo normativo com as que o fazem quanto o caso em concreto, com progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude e conclusão do raciocínio apenas quando se demonstra que a situação concreta corresponde à previsão normativa.

Ainda tratando da razoabilidade, Luiz Fux diz que a posição por ele adotada está em consonância com os precedentes do TSE, elencando dois deles: o REspe 484-72/MG⁴⁹⁰ e o RO 39322/AM⁴⁹¹.

Para o Relator, o ônus de comprovar a violação aos bens eleitorais só seria alcançado se o TRE desenvolvesse, no exame da gravidade, de forma analítica e minuciosa, o impacto lesivo da conduta reputada ilegal. Não seria possível, segundo Fux, utilizar presunções como a de que o abuso estaria caracterizado pelo fato de uma candidatura ao cargo de prefeito não poderia custar apenas R\$ 14.406,00, valor informado de gastos na prestação de contas. Parece esquecer o TSE, nesse ponto, a força dada pelo CPC às presunções. O art. 375 prevê expressamente que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece. Tendo em vista o que ordinariamente acontece nas campanhas, é possível supor que uma campanha para prefeito custe apenas R\$ 14.406,00? Não, não é. Para finalizar, o Relator ressalta que a prova do abuso teria que ser incontestável - muito embora nenhuma conceituação dessa incontestabilidade ou dispositivo que a preveja tenham sido citados – e julga procedente o REsp, reformando a condenação.

Pedi, então, vista dos autos o Min. Herman Benjamin, cuja abordagem difere completamente da de Fux. Benjamin inicia seu voto elencando rol de irregularidades diverso do de Fux. Ei-las:

- a) falta de abertura de conta bancária específica de campanha; b) ajuste contábil contendo todas as movimentações, inclusive notas fixas, concentradas no período de 1º e 6/11/2012, um mês após o pleito; c) omissão da produção e distribuição massiva a eleitores de DVD intitulado “não assista esse DVD, ele pode mudar sua vida”, com conteúdo favorável à candidatura dos recorrentes; d) omissão no uso de caminhonete Hilux – e do respectivo combustível 0 para deslocamentos dos recorrentes durante a campanha; e) omissão do uso de caminhão palanque para comícios; f) omissão do uso de aparelhagem de som; g)

nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 286-288.

⁴⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 153-162.

⁴⁹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 484-72/MG**. Incidem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no art. 22, XVI da LC 64/90. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 14 de agosto de 2014.

⁴⁹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 39322/AM**. Na representação do art. 30-A da Lei 9.504/97, deve-se comprovar a existência de ilícitos que possuam relevância jurídica para comprometer a moralidade da eleição. As omissões relativas a determinados gastos de campanha não possuem gravidade suficiente para ensejar a cassação do diploma do recorrente, na medida em que não ficou comprovada a utilização de recursos de fontes vedadas ou a prática de caixa dois. Relator: Min. Dias Toffoli, 21 de agosto de 2014.

omissão da contratação de locutor de comício conhecido como Tony França; h) omissão de despesas para criação de jingles de campanha; i) omissão do uso de veículos para transporte de eleitores para eventos; [...].

Para Benjamin, as falhas são gravíssimas, fartamente documentadas e mostram a prática de caixa 2. Quanto à irregularidade na abertura da conta, que por si gera rejeição de contas, ganha importância maior se confrontada com a circunstância de que todas as movimentações dos recursos ocorreram ente o dia primeiro e seis de novembro, um mês após o pleito. Isso aponta que houve ajuste contábil com dados incorretos ou fictícios, o que impede o efetivo controle pela Justiça Eleitoral. Tal circunstância não foi mencionada no voto de Fux.

Quanto ao DVD, prossegue Hermann Benjamin, a omissão da despesa é relevante porque seu conteúdo mostra produção altamente profissional, o que evidentemente demanda mais recursos. A peça foi distribuída maciçamente aos eleitores, como apontou o voto do Juiz do TRE Fausto Campos. Num momento da instrução, o recorrente disse que não sabe quem produziu os DVDs, os quais teriam sido deixados em sua casa; noutro, simplesmente alegou que os gastos foram irrisórios.

Citando trecho do que definiu como “longo acórdão regional”, Herman Benjamin mostra que há falhas gravíssimas quanto à omissão de gastos envolvendo o uso de uma Toyota Hylux para o deslocamento na campanha; de caminhão palanque para comícios; de carros e aparelhagem de som; de contratação do locutor Tony França; da criação de jingles; e de veículos para transporte de eleitores aos comícios dos recorrentes. Não bastassem a dimensão e a natureza das despesas omitidas, impressiona, destaca Benjamin, o fato de os recorrentes afirmarem desconhecer a origem dos recursos, mesmo admitindo os gastos. São transcritos trechos de voto em que se afirma que o magistrado que o proferiu espantou-se “como, sempre que inquirido sobre gastos, cessões e doações, receitas e afins, o candidato eleito ter respondido sempre com evasivas, nunca sabendo dizer quem cedeu o quê, ou como se gastou, numa escancarada confusão”.

Finalmente, Hermann Benjamin detém-se sobre alegação dos recorrentes de que as despesas teriam sido realizadas por eleitores, os quais, segundo o art. 313 da Resolução 23.376/2012⁴⁹², poderiam apoiar candidatos com gastos de até R\$ 1.064,10, não sujeitos a contabilização. Ocorre que os recorrentes não juntaram qualquer documento apto a provar tal fato, esquecendo-se que a mesma resolução 23.376/2012 exige a emissão da nota fiscal em nome do eleitor. Também não seria razoável imaginar que eventos organizados profissionalmente, como mencionado num dos votos do TRE, poderiam ser suportados integral e espontaneamente pelos eleitores.

Hermann Benjamin relembra que as condutas ilícitas são incontroversas e que conclusão em sentido contrário exigiria reexame de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 24 do TSE. Sua análise, então, se volta à manutenção das sanções, considerados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Com base em precedentes do TSE⁴⁹³, defende que a prática de caixa dois, por si, é motivo suficiente para a incidência do art. 30-A,

⁴⁹² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.376, de 01 de março de 2012**. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros, e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2012/RES233762012.htm>. Acesso em: 04 dez. 2021.

⁴⁹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial 235-54/RN**. A fraude escritural consistente na omissão de valores gastos, com o propósito de mascarar a realidade, inviabiliza a fiscalização dos

§2º, da Lei 9.504/97, de acordo com o qual comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado. Segundo o julgado a que se referiu Hermann Benjamin, “a caracterização da prática cognominada de caixa dois interdita de per si a incidência dos postulados fundamentais da proporcionalidade e da razoabilidade como parâmetro normativo para aferir a relevância do ilícito”. Note-se que o precedente citado é de Relatoria do próprio Min. Luiz Fux. Haveria, assim, mantida a posição de Fux no TSE - o que acabou ocorrendo – ofensa à universalidade e generalizabilidade.

Acrescenta Hermann Benjamin que ainda que fosse considerada a proporcionalidade, melhor sorte não teriam os recorrentes. Além da quantidade e da natureza de gastos acima dos declarados (apenas R\$ 14.406,00), a diferença para os segundos colocados foi de apenas 97 votos em colégio de quase 18.000 eleitores, ou cerca de 0,5%. Transcreve-se trecho do acórdão do TRE em que se destaca que “não foram computadas na prestação de contas despesas essenciais a toda e qualquer campanha eleitoral de interior, como carro de som e gastos com comício”. Não houve pequenos erros de contabilidade, mas flagrante desrespeito ao art. 30-A. A concentração de todas as receitas e gastos entre 1º e 6 de novembro reforça a ideia de que se falsificou a prestação de contas.

Quanto à alegação no voto de Fux de que haveria paternalismo judicial não justificado, o voto de Benjamin aponta justamente que por ser a soberania da vontade popular referência máxima para atuação da justiça eleitoral é que deve-se considerar que os fatos examinados pelo TRE-PE mostram gravidade suficiente para a cassação. Isso porque os gastos ilícitos potencializam a candidatura e lhe dão mais visibilidade. Se candidato dispõe de toda a estrutura de campanha como jingles, carros de som, locutor de renome, *dvds* e nada declara a Justiça Eleitoral, há evidente arrecadação e gastos ilícitos. Conclui, assim, Hermann Benjamin pela improcedência do REsp, mantendo-se a cassação e designando-se novas eleições indiretas.

Em resposta, Fux insiste que a cassação estaria baseada somente numa pressuposição, a de que “não seria possível fazer a campanha com tão pouco dinheiro”. Faltou, aqui, razoabilidade no sentido defendido por McCormick: irrazoável é a posição que, numa decisão: a) ignora fatores relevantes; b) considera os irrelevantes; c) distorce a importância de cada fator.

Fux ignorou todos os vícios mencionados por Hermann Benjamin e pelo TRE e também a postura dos recorrentes durante a instrução para insistir na tese de que haveria mera presunção a lastrear a condenação. Foi acompanhado nessa postura pelos outros Ministros, com exceção de Herman Benjamin. Napoleão Maia limitou-se a repetir a tese de Fux de que as falhas restringiam-se a “ausência de contabilização de gastos relativos a veículos, carros de som, realização de jingle de campanha, contratação de locutor e distribuição de DVDs”. Henrique Neves sustentou que lhe chamou a atenção a questão relativa à abertura de conta bancária e que as hipóteses implicariam gastos não declarados de veículos de transporte, jingles, caminhões palanque, contratação de locutor e distribuição de DVD, o que seria insuficiente à cassação. Luciana Lóssio focou apenas na suposta falha quanto à abertura da conta. Rosa Weber não citou fato nenhum, afirmando somente que privilegia a soberania popular e que os trechos pinçados pelos que a antecederam do voto do Relator permitem a conclusão pelo provimento do REsp. A votação encerrou-se, assim, com o placar de 5 x 1 a favor do provimento do REsp.

fluxos monetários pelos órgãos do controle e constitui caixa dois. Não há, nesse caso, que se discutir proporcionalidade e razoabilidade. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de agosto de 2015.

Examinemos agora os pontos relativos à racionalidade e à irracionalidade. Quanto àquela, a justificação interna foi obedecida, com a apresentação dos argumentos por meio do silogismo. Foram esclarecidas as hipóteses normativas e utilizados os precedentes. Lançou-se mão do argumento transcategorico para se referir aos valores que a legislação quis privilegiar. No que toca aos elementos geradores de irracionalidade, a saturação esteve ausente no voto do Relator. Como se viu, ofendeu-se a universalidade quando aplicaram-se conclusões diferentes para situações substancialmente iguais no que tange ao caixa 2. Ofendeu-se a razoabilidade, já que pontos relevantes citados por Benjamin e pelo TRE-PE foram ignorados por Fux e pelos que o acompanharam.

5.3.5 Do julgamento da chapa Dilma-Temer

Chegamos ao último julgado a ser analisado na tese, o único escolhido pelo critério de conveniência. O caso era representativo demais da irracionalidade para se correr o risco de ser deixado de lado pela seleção randomizada. Ainda assim, como se viu, acabou sendo colhido durante a composição randômica das amostras.

O Min. Herman Benjamin citado no precedente anterior foi o Relator originário das ações em que se formularam pedidos de cassação da chapa formada por Dilma Vana Rousseff e Michel Miguel Elias Temer Lulia e sua inelegibilidade. São elas, a AIJE 1943-58.2014.6.00.0000/DF⁴⁹⁴, a AIME 7-61.2015.6.00.0000, a RP 8-46.2015.6.00.0000 e a AIJE 1547-81.201.6.00.0000. As quatro ações foram julgadas conjuntamente. Como a posição de Herman ficou vencida, a Relatoria dos processos passou para Napoleão Nunes Maia Filho, o primeiro a proferir o voto cujo teor foi aceito pela maioria do TSE.

Os votos do julgamento de mérito, somados, alcançam 2.422 páginas.

No curso do processo, proveu-se ainda um AgRg⁴⁹⁵ para determinar o regular prosseguimento da AIME. A Relatora originária, Min. Maria Thereza, foi vencida e a Relatoria passou a Gilmar Mendes.

Ao iniciar seu voto, esclarece o Relator Herman Benjamin que os réus alegaram sete preliminares. Na primeira, defenderam a impossibilidade de o TSE julgar presidente da República. Na segunda, litispendência entre as demandas e consequente extinção da AIME 7-61 e da RP 8-49. Na terceira, perda superveniente do objetivo em virtude da cassação de mandato em processo de *impeachment*. Na quarta, inversão de ordem de testemunhas. Na

⁴⁹⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 1943-58.2014.6.00.0000/DF, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo 7-61.2015.6.00.0000, Representação 8-46.2015.6.00.0000, e Ação de Investigação Judicial Eleitoral 1547-81.201.6.00.0000**. O TSE é competente para cassar diploma de presidente da república. O julgamento nas ações eleitorais está adstrito ao pedido e à causa de pedir postos na inicial da ação, segundo o princípio jurídico processual da congruência. A ausência de acervo probante efetivo e coerente quanto aos fatos alegados impedem a condenação. Presença exclusiva de elementos indiciários da prática das condutas não bastam à procedência. Pedidos julgados improcedentes. Relator: Min. Napoleão Maia, 12 de setembro de 2018.

⁴⁹⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo 7-61.2015.6.00.0000/DF**. Se os fatos articulados na inicial vierem acompanhado de conjunto probatório mínimo, mesmo que indiciário, inclusive com decisões do TSE que reconheceram ilícitos eleitorais e indícios de irregularidade no bojo da prestação de contas da campanha dos investigados, há sérios indícios que justificam a regular instrução da ação, em especial na presença de e os fatos amplamente noticiados que dão substância à imputação. Relator: Min. Gilmar Mendes, 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469043709/agravo-regimental-em-acao-de-impugnacao-de-mandato-eletivo-aime-76120156000000-brasilia-df/inteiro-teor-469043729> Acesso em: 06 mar. 2022.

quinta, cerceamento de defesa e desobediência dos limites instrutórios do juiz na colheita de provas relativas a Odebrecht. Na sexta, ilicitude da prova referente à Odebrecht. E, finalmente, na sétima, indevida ampliação objetiva da demanda em relação a ilícitos narrados pela Odebrecht.

Ao julgar a primeira preliminar, o Relator originário informou que faria a primeira de dezenas de citações do voto de Gilmar Mendes no AgRg em que se determinou o prosseguimento da AIME 7-61. No trecho citado por Benjamin, Gilmar Mendes destaca que havia assimetria de tratamento do TSE em relação a cargos diversos. O TSE seria muito valente para cassar prefeitos de interior e muito reticente em relação às disputas nas capitais.

Aponta Benjamin que o art. 86, § 4º, da CF/88, levantado por Dilma Rousseff, conferia ao Presidente somente imunidade temporária à persecução penal, não tendo qualquer relação com ilícitos civis eleitorais. Esclareceu o Relator que no precedente citado pela ré abordou-se representação em que se pedia o julgamento do Presidente da República pela prática de crime, razão pela qual se justificaria a aplicação do art. 102, I, b da CF/88, que determina a competência originária do STF para julgar o presidente nas infrações penais em curso. No caso em pauta, a presidente estava sendo processada por ilícitos civis eleitorais.

Quanto à segunda preliminar, Herman Benjamin a afasta afirmando que só há litispendência se houver plena identidade de fatos entre as demandas, o que não existe na AIME 7-61 e na RP 8-49, muito embora existam inúmeras causas de pedir em comum.

No que toca à terceira preliminar, o Relator originário relembra que não obstante Dilma Rousseff já houvesse deixado o cargo por conta de *impeachment*, nas ações pede-se também a imposição de inelegibilidade, para a qual subsiste o interesse processual, malgrado a presidente não exercesse mais mandato. Recordemos que Dilma Rousseff, no *impeachment*, não sofreu a sanção de suspensão de direitos políticos.

Em relação à quarta preliminar, a de inversão de ordem das testemunhas, Benjamin argumenta que, segundo o art. 22, V, da LC 64/90, aplicando-se subsidiariamente o art. 456 do CPC e 400 do CPP, primeiro são ouvidas as testemunhas do representante e depois as do representado. Tal ordem foi obedecida. O que os réus pretendiam era que as testemunhas ouvidas por iniciativa do juízo fossem equiparadas às dos representantes. Ocorre que o art. 22, VII, da LC 64/90 prevê expressamente que a oitiva de outras testemunhas ou terceiros por iniciativas do corregedor deve se dar nos três dias subsequentes à oitiva das testemunhas do representante e do representado. Não houve, portanto qualquer inversão. Ademais, nenhuma impugnação das partes, ao longo do andamento processual, foi feita, o que significa que a alegação está preclusa. Mesmo que assim não o fosse, há de se aplicar a regra do art. 219 do CE, segundo a qual não há nulidade sem prejuízo. Benjamin cita, ao fim, precedentes do STJ acerca da impossibilidade de se reconhecer a nulidade se a inversão da ordem nas oitivas não gerou prejuízo (HC 345.034/MG⁴⁹⁶, RHC 38345/SP⁴⁹⁷, MS 17389/DF⁴⁹⁸, entre outros).

⁴⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Habeas Corpus* 345.034/MG. A jurisprudência do STJ e do STF possuem firme entendimento no sentido de que a não observância da ordem para oitiva de testemunhas previstas no CPP constitui nulidade relativa. Relator: Min. Felix Fischer, 29 de março de 2017.

⁴⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus* 38435/SP. Embora a nova redação do art. 212 do CPP tenha estabelecido uma ordem de inquirição de testemunhas, a não observância dessa regra acarreta no máximo nulidade relativa. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 15 de maio de 2014.

⁴⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção) *Mandado de Segurança* 17.389/DF. A oitiva de duas testemunhas de acusação após as da defesa não é causa de nulidade se não houver prejuízo. Relator: Min. Herman

Quanto às demais preliminares, que tratavam de cerceamento de defesa, desobediência dos limites instrutórios do juiz na colheita de provas, ilicitude da prova referente à Odebrecht e indevida ampliação objetiva da demanda, o Relator asseverou que estariam imbricadas ao mérito e que por isso seriam tratadas quando esse fosse analisado.

Passando ao exame do mérito, Herman Benjamin, fixando regra padrão, inicia sua exposição conceituando os poderes instrutórios do juiz na AIJE, na AIME e na representação do art. 30-A. As três têm caráter extrapenal, conteúdo sancionador e visam proteger a legitimidade e anormalidade das eleições, assim como interesse público de lisura eleitoral, nos termos dos arts. 14, § 9º, da CF/88 e art. 23 da LC 64/90. Elas possuem rito próprio, posto na LC 64/90 e por isso somente subsidiariamente deve ser aplicada a legislação processual penal comum, invocada reiteradamente pelos investigados. A especificidade do rito é extraída das normas regedoras do papel do juiz na instrução. Os arts. 5º e 22 da LC 64/90 consagram o poder-dever do juiz de buscar a verdade e lhe autorizam a determinar, de ofício, a produção de provas, inclusive testemunhal, independentemente de requerimento das partes. Os arts. 7º e 23 da LC 64/90, continua Benjamin, estabelecem a ampla cognição do juízo, ao determinarem que o tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e das presunções e da prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral. O Relator, citando jurisprudência com eficácia vinculante, assevera que os dispositivos tiveram a constitucionalidade reconhecida pelo STF na ADI 1082/DF⁴⁹⁹. Explica que determinou a oitiva de executivos da empresa Odebrecht com lastro em “elementos previamente descritos nas petições iniciais da AIJE 1943-58, AIME 7-61 e RP 8-46 e também em fatos públicos e notórios concernentes à relação da empresa Odebrecht com as campanhas eleitorais brasileiras”.

Relembra Benjamin que em uma ação que tem por objetivo verificar se houve abuso de poder econômico na campanha da “Coligação com a Força do Povo”, seria impossível ignorar o papel da Odebrecht nesse cenário, especialmente porque os arts. 71 e 23 da LC 64/90 são expressos em dizer que o tribunal deve considerar os fatos públicos e notórios que apontam a importância de produzir provas quanto à participação da Odebrecht na campanha de 2014. Questiona se, tendo as petições iniciais narrado que empreiteiras formaram um cartel para direcionar contratos superfaturados dos quais se desviam recursos públicos para o PT, o PP e o PMDB, deveria o Relator ficar omissos. Conclui, quanto ao ponto, que nunca houve adição de fatos novos à inicial, mas o que chamou, com base no voto de Gilmar Mendes no agravo de “fatos não explicitados”, nascidos do mero aprofundamento da instrução probatória. Cita Pedro Barusco, colaborador, que não foi mencionado na inicial, mas o foi no voto de Gilmar, o qual serviu de bússola ao trabalho de Benjamin. Pergunta se poderia deixar de ouvi-lo pelo fato de ele não ter sido arrolado ou mencionado na inicial, apesar de Gilmar Mendes ter narrado em seu voto no agravo o fato de Barusco ter devolvido 100 milhões de dólares.

Benjamin, 29 de novembro de 2016.

⁴⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1082/DF**. São constitucionais os artigos 7º, parágrafo único, e 23 da Lei Complementar 64/90, sobre a atuação do juiz a quem é permitido formar convicção atendendo a fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não arguidos pelas partes, e a considerar fatos públicos e notórios, indícios e presunções, mesmo que não indicados pelos envolvidos na demanda. Relator: Min. Marco Aurélio, 30 de outubro de 2014.

Benjamin demonstra, usando a consistência, que a prerrogativa - que ele trata como dever - do juiz determinar prova de ofício não é uma peculiaridade do Direito Eleitoral. Cita precedentes da lavra de outros Ministros do TSE, como Napoleão Nunes Maia Filho⁵⁰⁰, que acabaria por ser o Relator designado para o caso, e o agravo relatado por Gilmar Mendes em que determinou o prosseguimento da AIME 7-61. Durante seu voto, nesse ponto, o Min. Hernam Benjamin foi interrompido por Gilmar Mendes, então presidente da corte, que insinuou que ele poderia acrescentar o que quisesse às acusações em busca da tal “verdade real”. Herman Benjamin responde dizendo que obedeceu aos limites dados na petição inicial. O diálogo, transcrito no acórdão, assim se deu:

MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): Agora Vossa Excelência teria mais um desafio: manter o processo aberto e trazer as delações da JBS e, talvez na semana que vem, as delações de Palocci para mostrar que o argumento de Vossa Excelência é falacioso, desculpe-me. Há limites que o processo estabelece.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Há limites e os pus.

MINISTRO GILMAR MENDES: Como eu estava falando a Vossa Excelência, a informação...

MINISTRO HERMAN BENJAMIN: O argumento que trago, Ministro Gilmar Mendes, não é meu...

MINISTRO GILMAR MENDES: Só estou a dizer que, a persistir a perseguição à verdade real, Vossa Excelência teria que pedir à Corte a reabertura da instrução para trazer os casos da JBS, que, pelas informações, colocou mais recursos à disposição da campanha Dilma-Temer, e, muito provavelmente, teremos de esperar as informações que vêm de Curitiba, do ex-Ministro Antonio Palocci.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN: **Seria dessa forma se eu não tivesse me atido aos padrões estabelecidos nas petições iniciais**, daí Vossa Excelência teria toda a razão. É importante esse tipo de diálogo para esclarecermos pontos que, às vezes, não estão tão transparentes no voto pela deficiência de capacidade de síntese. Eu mostrarei no meu voto de mérito que me limito aos parâmetros e às fronteiras estabelecidas na petição inicial, embora a legislação e a jurisprudência do Supremo pudessem dar guarida a uma ampliação que eu não fiz e me recusei a fazer (grifos nossos).

Acrescenta Herman Benjamin, quanto aos limites instrutórios do juiz na colheita de provas relativas à Odebrecht, que houve plena participação da defesa na produção delas, a qual requereu expressamente a oitiva de executivos e formulou as perguntas que achou pertinentes (apenas um dos advogados de Dilma Rousseff formulou, sozinho, 376 perguntas). Ademais, ao analisar as diligências, o Relator seguiu como norte a observação do contraditório e da ampla defesa, e a pertinência da prova com o objeto do feito.

No que toca à menção de que a oitiva dos executivos da Odebrecht teria se fundamentado em “vazamento de delação” o Relator originário afirma, mais uma vez, que a Odebrecht foi expressamente citada na petição inicial

⁵⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no Recurso Especial 712.992/PR**. Compete ao juiz determinar as provas úteis à instrução do feito, até mesmo de ofício, afastando as diligências que entender inúteis ou meramente protelatórias. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 23 de setembro de 2015.

como uma das responsáveis pela distribuição de recursos ilícitos à campanha da coligação dos réus. Além disso, a oitiva se fundamentou em fatos públicos e notórios concernentes na realização da investigação da Odebrecht na operação lava-jato. Herman Benjamin demonstra a notoriedade citando nove reportagens de grandes veículos de comunicação sobre as 77 delações realizadas por executivos da Odebrecht. Ressalta que ainda que tivesse havido vazamento, ele não tem qualquer relação com nulidade de prova, já que a ilicitude do vazamento é extrínseca à produção dos elementos probatórios.

A preliminar mais importante analisada por Herman Benjamin, e cujo julgamento acabou determinando o destino do caso, é a que trata da ampliação objetiva da demanda em relação a ilícitos narrados pela Odebrecht. Herman Benjamin cita diversos trechos do agravo na AIME 7-61 em que essa ampliação foi rechaçada. No curso do julgamento, chegou a ponto de pedir que fossem projetados no telão do Plenário, para os demais integrantes do TSE, os trechos das petições iniciais que incluíam a Odebrecht e que foram transcritos por ele em seu voto, inclusive aqueles em que os autores pediram cópias integrais dos autos da Lava-Jato. Pontuou ele que “nas petições iniciais da AIJE 1946-58 [...] a empresa Odebrecht é incluída, com nome e sobrenome, entre as suspeitas de transferirem propinas à campanha da Coligação com a Força do Povo em 2014”. Relata Herman, para afastar a tese de que a Odebrecht foi “invenção do Relator”, que um dos itens das petições iniciais é “Financiamento de Campanha mediante Doações Oficiais de Empreiteiras Contratadas pela Petrobras como parte da Distribuição de Propinas”. Na petição, continua o Relator, constam diversas análises do “financiamento de campanha mediante doações de empreiteiras contratadas pela Petrobras como parte da distribuição de propinas”

Explicou o Relator que a relação entre Odebrecht e a campanha eleitoral presidencial era conhecida pelos representantes no ajuizamento da demanda, como se verifica das iniciais da AIJE 1943-58, da AIME 7-61 e da RP 8-46. Nelas a empresa é incluída entre as "suspeitas" de transferirem propinas à campanha da Coligação Com a Força do Povo em 2014. Havia na inicial da AIJE 1943-58 tabelas em que a Odebrecht surge como suposta pagadora de propina. Tais tabelas são transcritas no voto de Herman Benjamin.

Dentre os trechos transcritos pelo Relator do acórdão proferido pelo TSE na AIME 7-61, relatado por Gilmar Mendes, estão os seguintes:

Considerando todos os fatos articulados na inicial, o conjunto probatório constante dos autos, inclusive com decisões do Tribunal Superior Eleitoral que reconheceram ilícitos eleitorais e indícios de irregularidades no bojo da prestação de contas da campanha dos investigados, e os fatos amplamente noticiados, há sérios indícios que justificam a regular instrução da ação de impugnação de mandato eletivo, mormente quando se sabe que, no julgamento de mérito da ação, o Tribunal formará sua convicção não apenas no arcabouço probatório dos autos, mas também "pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções [...], atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral" (art. 23 da LC no 64/1990), sendo certo 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" (art. 22, inciso XVI, da LC nº 64/1990).

[...]

Os fatos já existiam. Na verdade, não tínhamos conhecimento, mas já se sabia que havia uma operação Lava Jato em curso, eu a campanha poderia ter sido financiada com recursos dessa operação. Isso já era discutido”.

[...]

Também devo dizer, Senhores Ministros, que levei cinco meses para trazer este pedido de vista, por uma razão: a toda hora tinha que fazer atualizações em função dos fatos que se sobrepõem - como já se disse, atribuindo-se ao Ministro Teori Zavascki, "puxa-se uma pena e vem uma galinha na Lava Jato" -, conexos com os que estão aqui, como veremos, tanto é que me vi obrigado a fazer várias atualizações no texto para os quais - chamarei atenção.

[...]

Data vênha ao entendimento da Relatora, não se cuida em transportar para o Tribunal Superior Eleitoral análise de todos os fatos apurados na operação Lava Jato, pois falece a este Tribunal a competência originária para processar e julgar ação penal, mesmo envolvendo crimes eleitorais. Na verdade, busca-se tão somente verificar se, de fato, recursos provenientes de corrupção na Petrobras foram ou não repassados para a campanha presidencial, considerando que o depoimento do diretor da companhia, Paulo Roberto da Costa, pelo menos em uma primeira análise, revela um viés eleitoral da conduta, pois desnecessário qualquer esforço jurídico-hermenêutico para concluir que recursos doados a partido, provenientes, contudo de corrupção, derramados (também!) nas disputas eleitorais, mormente naquela que exige maior aporte financeiro, como a disputa presidencial.

[...]

Os números estão estampados aí com base nas delações premiadas. Diz-se que os partidos políticos ou pessoas a ele ligadas fiaram jus a um tipo de remuneração que equivaleria a até 3% de cada contrato da Petrobras. Não é difícil adivinhar que parte desses recursos pode ter vido para a campanha, e as triangulações que têm sido reveladas podem indicar propósitos recônditos. Tudo isso precisa ser no mínimo investigado. Some-se a isso a circunstância de que empresa envolvidos na operação Lava Jato doaram importantes valores para os partidos envolvidos no suposto esquema (PT, PMDB e PP) – algo em torno de R\$ 100 milhões nos anos de 2012 e 2013. E perdoem-me a obviedade, não tivemos eleição em 2013., mas em 2014 sim. Já era um adiantamento da propina?

Benjamin, ao lembrar o TSE do que decidira ao julgar o agravo, tenta levar o tribunal a respeitar os critérios da universalidade e da não contradição. Sustenta que se a Corte decidisse por excluir provas relativas à Odebrecht por imaginar que teria havido ampliação objetiva da demanda, estaria caminhando em sentido contrário ao afirmado por ela mesma no agravo na AIME 7-61. Acrescenta que “a situação então enfrentada pela Corte não era, naquele momento, em absolutamente nada, diferente da agora impugnada pelos requeridos, qual seja a denominada Fase Odebrecht”. Essa última consistia, para o Relator, numa criação dos advogados para se

referir a uma suposta ampliação objetiva da demanda a partir de realização de produção de provas voltadas a esclarecer o papel da Odebrecht. No seu voto, defende que quanto ao ponto dos limites objetivos da demanda estava vinculado ao que foi estabelecido pelo plenário do TSE, por força do princípio da colegialidade. Haveria ilogicidade em reverter o entendimento consolidado e ofensa à preclusão, já que a matéria já foi deliberada no AgRg na AIME 7-61.

Fixadas a premissas fáticas de que as condutas ilícitas da Odebrecht estavam na petição inicial, o Relator define o que são os elementos caracterizadores do abuso de poder político, do abuso de poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação. Cita diversos julgados sobre o tema^{501 502} para tentar estabelecer regras padrão de utilização das hipóteses normativas do abuso. Aduz ainda que na avaliação de cada fato descrito na inicial será realizada análise acerca do preenchimento dos requisitos configuradores do abuso, da proporcionalidade entre a conduta e a consequência da cassação e imposição de inelegibilidade, e da abrangência e impacto da conduta sob o parâmetro da eleição presidencial, a qual envolve 140 milhões de eleitores.

Passa então o Relator a abordar as provas quanto às imputações feitas nas iniciais. Em relação a essas, houve doze acusações de abuso dos meios de comunicação social; seis de abuso de poder político pelo uso da máquina pública; três de abuso de poder econômico; um de abuso de poder político e econômico pelo financiamento ilícito de campanha; uma de abuso de poder político e econômico por gastos ilícitos de campanha; e uma de ilícito do art. 30-A quanto à arrecadação e gastos eleitorais. Por fim, os requerentes alegam que há abuso de poder político ou econômico pelo “conjunto da obra”, considerando que se os fatos isoladamente não servem a caracterizar o abuso, se vistos conjuntamente fazem-no. Passemos então aos fatos em concreto que foram considerados ilícitos pelos autores e o tratamento que lhes foi dado ao Relator.

Alegou-se que houve uso dos Correios para envio de 4,8 milhões de folders. Os Correios explicaram que não privilegiaram nenhum candidato e quem solicitou providência semelhante a obteve. Em relação a projeções de imagens com mais de 4 metros quadrados nas fachadas e bens públicos e particulares, o que ofenderia a proibição da Lei 9.504/97, o tribunal considerou que

⁵⁰¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 172**. Constitui abuso de poder político o oferecimento de benefícios a eleitores por meio de programas sociais sem previsão legal que justifique. Relator: Min. Gilmar Mendes, 02 de dezembro de 2016.

⁵⁰² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 10070**. O uso indevido dos meios de comunicação social configura-se por exposição excessiva de candidato na mídia em detrimento dos demais. O abuso de poder econômico caracteriza-se por emprego desproporcional de recursos patrimoniais (públicos ou privados). Ambos comprometem a legitimidade do pleito e a paridade de armas. Relator: Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, 07 de outubro de 2016.

não havia gravidade na conduta. Quanto às manifestações de apoio no site da Central Única dos Trabalhadores, afastou-se a legitimidade da chapa e da CUT, já que pessoa jurídica não pode figurar no polo passivo de AIJE. Quanto à suposta propaganda institucional em benefício de Dilma Roussef da Petrobras, da Caixa Econômica Federal, do Ministério de Planejamento, do Banco do Brasil e no Portal Brasil, considerou-se ausente a gravidade nos dois primeiros casos, e que não se comprovou o prévio conhecimento do beneficiário da conduta vedada, nos três últimos. Diga-se o mesmo em relação à gravidade das manifestações de Dilma Roussef em pronunciamento em rede nacional de rádio e televisão no Dia do Trabalho e no Dia Internacional da Mulher. No tocante à alegação de ligações em massa informando que o Programa Bolsa Família seria extinto se a candidata Dilma perdesse a eleição, Herman Benjamin afirmou que não houve repercussão social relevante no contexto da disputa eleitoral.

Em relação às seis imputações de abuso de poder político, Benjamin também as afastou, seja pelo fato de a matéria já ter sido tratada em outras ações do TSE (como a entrevista do Min. Aloizio Mercadante tratada em representação de propaganda irregular que foi sancionada apenas somente com multa), seja por não considerar existente a gravidade das circunstâncias.

Vamos às imputações por abuso de poder econômico. Havia no TSE várias representações sobre a matéria. Parte delas envolvia propaganda eleitoral realizada pelo Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo que fez circular por mala direta um panfleto fazendo propaganda negativa de Aécio Neves e positiva dos representados. A ação foi finalizada com acordo entre as partes. Outras duas que tratavam de propaganda negativa, praticada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Minas Gerais e do Paraná, foram consideradas sem gravidade suficiente a caracterizar o abuso. A mesma conclusão foi exposta na imputação relativa a transporte irregular de eleitores em Petrolina e na que trata de gasto acima do limite inicialmente informado à justiça eleitoral.

Finalmente, Herman Benjamin passa ao abuso de poder político e econômico pelo financiamento de campanha. Ressalta que nas petições iniciais da AIJE 1943-58, a AIME 7-61 e da RP 8-46 sustentou-se que “a campanha eleitoral de 2010 da requerida Dilma Rousseff foi financiada em parte por dinheiro oriundo da corrupção da Petrobras (fls. 14 e 30 da AIJE)”. Transcreve no voto o seguinte trecho da inicial:

Os valores desviados são de grande monta, atingindo cifras milionárias que permitiram o financiamento dos partidos políticos integrantes da coligação

investigada, os quais lograram condições privilegiadas para se inserirem no contexto político e social, auferindo vantagem desproporcional em relação aos adversários.

Benjamin relata que a essa “engorda dos partidos” fez referência Gilmar Mendes no seu voto, o qual apontava que os partidos estariam recebendo recursos para ganhar musculatura para a campanha. Os autores, continua o Relator originário, alegaram que a campanha da chapa Dilma-Temer “foi financiada com recursos oriundas de propinas, vinculadas a contratos ou práticas envolvendo empresas e órgãos públicos e privados ou recursos não contabilizados (vulgo caixa 2)”. Critica então um outro integrante da corte, Admar Gonzaga, que disse que só iria examinar caixa um porque caixa dois não estaria na petição inicial. O trecho por ele lido revela o contrário. Diz que o título da petição inicial a que Admar Gonzaga fez referência não representa o conteúdo do que está dito e que juízes não julgam por título, mas por descrição. Admar Gonzaga responde que Benjamin está querendo constrangê-lo e que deveria respeitar o voto de cada um e não ser deselegante; o Relator, então, retruca que não vai constranger e nem precisa, porque “os nossos votos constrangem, ou não, a nós próprios”. Há uma evidente crítica sub-reptícia à irracionalidade. Admar Gonzaga havia acabado de tomar posse como Ministro do TSE em 27/04/2017⁵⁰³, nomeado por Michel Temer, o réu do caso. Pouco mais de um mês depois, em 09/06/2017⁵⁰⁴, Temer teria o destino político julgado por Gonzaga. Parece óbvio que deveria haver, aqui, regra de impedimento suspeição.

Benjamin, antes de ingressar nas provas, fixa cinco premissas a serem obedecidas quanto ao exame de eventuais desvios na arrecadação de recursos relativos à campanha de 2014: a) irrelevância da fonte de financiamento, pouco importando se são os partidos ou os comitês de campanha. Benjamin demonstra que mais de 60% de toda a arrecadação partidária no ano de 2014 foi direcionado às campanhas eleitorais; b) foco não na identificação de um montante específico de propina ou caixa dois, mas na existência de sistema de distribuição delas e os impactos na campanha presidencial; c) distinção entre a causa da propina ou caixa dois e o momento de seu pagamento ou utilização: a conta corrente da propina ou a propina-poupança; d)

⁵⁰³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Admar Gonzaga toma posse como ministro efetivo do TSE**. Abr. 2017. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Abril/admar-gonzaga-toma-posse-como-ministro-efetivo-do-tse>. Acesso em: 22 dez. 2001.

⁵⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário nega pedido de cassação da chapa Dilma-Temer**. Jun. 2017. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>. Acesso em: 22 dez. 2001.

existência de modalidades diversas de concretização de caixa 2, com o uso de terceiros em benefício do partido, pagamento por vias não contabilizadas e utilização de doadores fictícios e pagamentos de propinas via doações oficiais; e) importância do controle e accountability do financiamento de campanha.

Benjamin aponta que as gráficas citadas na causa de pedir são grandes fornecedoras da campanha da chapa Dilma-Temer e receberam quase 60 milhões de reais, montante suficiente a desequilibrar qualquer disputa. Portanto, a afirmação de que uma delas foi utilizada como mecanismo de desvio de recursos eleitorais é suficiente a justificar a investigação da configuração do abuso do poder político e econômico.

O Relator destina um título do seu voto à análise da prova denominado “análise da prova sobre os ilícitos apontados nos autos”. Vê-se aqui a preocupação de respeitar o critério de racionalidade da combinação no desenvolvimento da argumentação de etapas que esclareçam o conteúdo normativo com as que esclarecem o caso em concreto.

Passemos à descrição sucinta das provas utilizadas por Herman Benjamin e que foram ignoradas pelo TSE. Paulo Roberto da Costa, ex-Diretor de Abastecimento, foi ouvido em juízo e revelou a cartelização de diversas empresas em licitações da Petrobras e a distribuição de propinas para diretores da Petrobras e integrantes da classe política. Esses eram responsáveis por indicar nomes da direção a fim de se assegurar que o esquema criminoso se mantivesse no futuro.

Segundo trecho do depoimento transcrito por Benjamin, na média, na área de atuação de Paulo Roberto da Costa, ao Partido dos Trabalhadores se pagavam 2% do valor do contrato e ao Partido Progressista, 1 %. Ele ainda identificou João Vaccari Neto, então tesoureiro do PT, como o representante do PT no recebimento das propinas, informação que foi repetida pelos executivos da Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez, Ricardo Pessoa, Augusto Mendonça; pelos operadores Fernando Baiano, Alberto Youssef, Júlio Gerin Camargo e Pedro Barusco, outro diretor da Petrobras. Paulo Roberto ainda identificou Renato Duque, Diretor da área de serviços da Petrobras condenado e preso na Lava-Jato, como o responsável por intermediar junto a Vaccari a quitação das obrigações de propina vinculadas a contratos com a Petrobras.

Revelou Paulo Roberto que os pagamentos eram feitos conforme a medição do serviço, o que fazia com que durassem, muitas vezes, anos. Ele deixou claro ainda que a propina, além do enriquecimento de alguns, servia às campanhas eleitorais.

Sérgio Machado, também colaborador e ex-presidente da Transpetro, organização que processava gás natural e transportava combustível para a Petrobras, revelou que as empresas faziam doações oficiais, via caixa um, preferencialmente para partidos, para quitar as obrigações de propina devida por contratantes do setor político. Segundo ele, “o dinheiro entrava no partido e o partido, depois, usava nas campanhas eleitorais”.

Augusto Medonça Neto, executivo da Setal, contemplada na obra da Refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR), narrou que destinou seis milhões de reais em propina ao Partido dos Trabalhadores, em especial por meio de doações oficiais ao partido. São juntados comprovantes de transferência e recibos de doações eleitorais nos autos.

O depoente Fernando Soares, operador da distribuição de recursos de propina a diretores, mencionou alguns contratos que geraram distribuição de propina a partidos e políticos, como o da Refinaria de Pasadena – que envolveu repasses de valores ilícitos de 15 milhões de dólares – e o contrato de sondas com a Samsung, que resultou na distribuição de 10 milhões de dólares. Revelou ainda que parte desses recursos foi destinada ao PMDB. Nestor Cerveró, diretor da área internacional da Petrobras, ouvido no TSE, era quem distribuía a propina para o PMDB.

Pedro Barusco, Diretor de Serviço, também era responsável por distribuição de recursos ao setor político. Herman Benjamin transcreve em seu voto (p. 1452) tabela em que Barusco contabilizou as propinas, com nomes de projetos, valores de contrato – que ultrapassam 10 bilhões de reais -, percentuais, divisão, agentes envolvidos e datas .

Herman Benjamin, dentre os documentos transcritos em seu voto, exhibe lista de contribuições eleitorais realizada por Augusto Mendonça da Setal, fornecedora da Petrobras, direcionadas ao Partido dos Trabalhadores para quitar as obrigações de propina, comprovantes de transferência e recibos de doações eleitorais. Também mostra tabela entregue por Ricardo Pessoa, com as propinas pagas pela UTC, também fornecedora da Petrobras, ao PT e PMDB, por meio de doações oficiais de campanha.

O Relator faz menção ainda aos termos de colaboração, perícias e relação de valores pagos pelas empreiteiras. Conclui, a partir da análise probatória, que foi comprovado que os partidos componentes da chapa da Coligação Com a Força do Provo acumularam recursos de propina-gordura ou propina-poupança que os favoreceram na campanha de 2014. Há, aqui, nas palavras de Herman Benjamin, “abuso de poder político e/ou econômico em sua forma continuada, cujos impactos sem dúvida são sentidos por muito tempo no sistema político-

eleitoral”. Julga, então, procedente o pedido de cassação da chapa pela prática de abuso de poder político e econômico.

Dentre os episódios de pagamento de propina narrados, está o envolvendo a Sete Brasil, empresa constituída para construir sondas que serviriam a explorar o pré-sal. Seu Diretor de Operações era Pedro Barusco, que havia sido gerente de engenharia da Petrobras e que firmou acordo de colaboração premiada. Herman Benjamn mostra que entre 2012 e 2013, a empresa Keppel Fels pagou cinco milhões de dólares, divididos em 10 parcelas, a Mônica Moura e João Santana, responsáveis pelo marketing da campanha da chapa Dilma-Temer. Segundo o representante da empresa, Zwi Skornick, testemunha ouvida pelo Relator, foi João Vaccari, tesoureiro do Partido dos Trabalhadores, quem determinou que os cinco milhões fossem pagos diretamente aos fornecedores de serviço de marketing, via caixa 2 (sem contabilização), por meio de depósitos em contas de empresas offshore no exterior. Mônica Moura e João Santana, ambos ouvidos pelo TSE, confirmaram o relato de Zwi Skornicki. João Santana explicou que mantinha uma espécie de fundo rotativo de dívidas relativos às campanhas do Partido dos Trabalhadores e que a quitação das dívidas da campanha de 2010 era crucial para realizar a campanha de 2014. Ele e Mônica Moura informaram que o pagamento de fato estava relacionado aos serviços que prestavam às campanhas do PT e que foi feito na conta da empresa Shellbill, de propriedade deles, mantida no Banco Heritage da Suíça. Herman cita trecho da sentença condenatória que tratou dos mesmos fatos na esfera penal em que são analisados extratos dessa conta identificando 9 depósitos de US\$ 500.000,00 entre setembro de 2013 e novembro de 2014, provenientes da “*Deep Sea Oil Corporation*”, constituída nas Ilhas Virgens Britânicas, e controlada por Zwi Scornicki. Cópia de parte desse extrato também é colocada no voto.

Ainda em relação ao estaleiro Keppel Fels e a Sete Brasil, o Relator originário narra trechos do depoimento de Pedro Barusco em que reporta o pagamento antecipado para a área política de parte de propina de 0,9% de 22 bilhões relativos a contratos de compras de sondas.

Zwi Scornick indicou que o pagamento ao PT era feito com um modelo de conta corrente, e de maneira parcelada, até 2020, data em que se encerraria o contrato entre a Sete e a Keppel. Bastava Vaccari ou Barusco indicarem a quem pagar que o dinheiro era transferido. Em sua colaboração premiada, Barusco apresentou tabela, apreendida em sua casa pela PF e transcrita nos autos, demonstrando que, em 2013, o estaleiro Keppel Fels já teria destinado ao PT, por meio de João Vaccari, R\$ 4.523.000,00. Nos autos da ação penal em que Barusco foi condenado,

prosegue o Relator, há ampla análise probatória de extratos bancários de *offshores* controladas por Pedro Barusco.

O Relator abre um capítulo no voto denominado “Propina ou caixa-dois gordura” para tratar especificamente da Odebrecht e sua conta corrente permanente. Relembra que ela é incluída nas petições iniciais da AIJE, da AIME e da RP que estão sendo julgadas entre as suspeitas de transferirem propina à campanha da coligação Com a Força do Povo em 2014 e que os representantes solicitaram a cópia dos inquéritos que tramitam no STF e na Justiça Federal a respeito da operação Lava-Jato.

Marcelo Odebrecht, ouvido pelo Relator, explicou que quanto às doações de campanha para a disputa presidencial, havia uma espécie de conta corrente com o governo federal administrada por ele e da qual eram debitados valores a partir de solicitação direta do interlocutor autorizado pelo PT. Num primeiro momento foi Antonio Palocci Filho, e, a partir de 2011, Guido Mantega. A origem dos recursos eram as empresas do grupo Odebrecht e Marcelo Odebrecht ajustava com elas o valor da propina que pagaria para a campanha do PT. Mencionou que foram disponibilizados mais de 150 milhões de reais dessa conta corrente para a campanha da coligação Com a Força do Povo em 2014. Herman destaca que Marcelo Odebrecht foi capaz de apontar três débitos efetivados nessa conta corrente permanente para atender à coligação em 2014 em seu depoimento. O primeiro refere-se às contribuições eleitorais oficiais ao Diretório Nacional. Em tabela juntada ao voto, Herman Benjamin mostra que foram feitas doações à campanha presidencial de empresas integrantes do Grupo Odebrecht como Braskem e Odebrecht Óleo e Gás. Ademais, havia doações feitas por terceiro, a pedido da Odebrecht que posteriormente ressarciria o doador, o chamado caixa três. O segundo débito refere-se à compra de espaço na TV, no valor de 25 milhões. O último, ao pagamento a João Santana e Mônica Moura, que teriam recebido 10 milhões, via caixa 2, relativos à campanha de 2014.

O Relator, nesse ponto, passa a explicar o funcionamento do setor de operações estruturadas da Odebrecht, responsável pelo pagamento das propinas, a partir dos depoimentos de Marcelo Odebrecht e de diversos executivos, dentre eles alguns que atuavam no setor, como Fernando Migliaccio e Hilberto Farias. Revelou-se que o setor movimentou mais de 3 bilhões de dólares entre 2006 e 2014 e que cerca de 300 milhões teriam sido disponibilizados para atender aos pedidos de interlocutores do PT. Foram apresentadas provas documentais que corroboraram o que disseram os colaboradores, como e-mails, anotações em agendas de Marcelo Odebrecht, e

planilhas. Uma delas foi obtida após quebra de sigilo telemático de Fernando Migliaccio, cujo nome era “Posição Programa Especial Italiano”, codinome de Antonio Pallocci. Na planilha, transposta no voto na p. 1536, exibem-se valores de repasses de 133 milhões de reais para campanhas. A mitigação de sigilo também revelou uma planilha chamada “Posição Pós Itália”, transcrita no voto de Benjamin, que indica os repasses feitos quando Guido Mantega substituiu Antonio Palocci. Tais repasses alcançaram a marca de R\$ 101.410.000,00.

Considerando a coerência interna dos depoimentos com a prova documental, o Relator julgou procedente o abuso de poder econômico por força da conta corrente permanente mantida pela Odebrecht a favor do governo do Partido dos Trabalhadores, cujos valores repercutiram na campanha de 2014. Relembra Herman Benjamin que o caixa dois e a Odebrecht são citados na petição inicial e que os elementos probatórios dos autos foram trazidos por pedido expresso dos representantes.

Herman Benjamin inaugura capítulo no seu voto para tratar de pagamentos feitos pelo setor de operações estruturadas, via caixa 2, a João e Mônica Santana, em benefício da campanha da coligação “Com a força do povo” em 2014. Marcelo Odebrecht narrou que muito se pagou a João Santana em 2014, por conta da relação de trato sucessivo que mantinham com ele, o qual, em 2014, recebia também pagamentos relativos às campanhas de 2011 e 2012. Hilberto Silva, do setor de operações estruturadas, relatou que Mônica Santana tinha o codinome “Feira” e que boa parte dos pagamentos da campanha eram feitos em espécie, por insistência da própria Mônica. Marcelo Odebrecht narrou que recebia os pedidos de Guido Mantega e Antonio Palocci e que depois os repassava a Hilberto para que esse quitasse os débitos com Mônica Santana.

Fernando Migliaccio, também ouvido por Herman Benjamin, relatou que se reuniu diversas vezes com Mônica Moura para tratar dos recebimentos relativos às campanhas do PT. Explicou que entre 2013 e 2014 foram pagos de quinze a vinte milhões a ela, retiradas da conta corrente de longo prazo com o PT administrada por Marcelo Odebrecht.

Benjamin menciona em seu voto ainda: a) e-mail de Marcelo Odebrecht para Hilberto Silva autorizando o pagamento de 16 milhões de reais em março de 2014, “a ser debitado da planilha Pós-Italiano”, referindo-se às negociações feitas com Guido Mantega; b) planilhas apreendidas com Maria Lúcia Tavares, secretária do setor de operações estruturadas, em que havia anotação de 22,5 milhões de reais a “Feira” em 2014.

Em juízo, a própria Mônica Moura esclareceu que a Odebrecht pagou 10 milhões em espécie no Brasil, os quais correspondiam a uma parcela dos 105 milhões que haviam sido combinados pelo serviço de marketing político para a campanha de 2014. Desse montante, 35 milhões seriam pagos via “caixa 2” e 70 milhões pelos canais regulares.

Mônica Moura afirmou, ainda, que as entregas ocorriam normalmente em hotéis e flats em São Paulo. Ela deixava um endereço na Odebrecht do flat onde se hospedava, recebia uma senha de Fernando Migliacio e posteriormente pessoas entregavam o dinheiro a ela no local em que estava hospedada, após ouvirem a senha.

Quanto aos pagamentos no exterior, continua Herman, há nos autos extratos de movimentação bancária de uma offshore na Suíça usada pelo casal João Santana e Mônica Moura de nome Shellbill. Entre 2009 e 2014, houve diversas transferências para essa conta de offshores da Odebrecht, como a Kleinfeld.

No que toca à prova documental, o Relator menciona ainda cópia de e-mails, dados obtidos no telefone apreendido de Marcelo Odebrecht e requisições de pagamento encontradas com Maria Lúcia Tavares.

Diante das provas colhidas, o Relator julgou configurado o abuso de poder econômico nascido do pagamento de valores por caixa 2 ao casal Mônica Moura e João Santana em razão dos serviços de marketing prestados à Coligação Com a Força do Provo na campanha de 2014.

O último ilícito examinado por Herman Benjamin configurador do abuso de poder econômico é o pagamento da gráfica Atitude, em 2013, por parte da empresa Setal, fornecedora da Petrobras. Gilmar Mendes, no voto condutor do acórdão no AgRg que determinou o prosseguimento da AIME 7-61, defendeu que a Atitude teria sido utilizada para captar propina para o PT.

Em 2013, João Vaccari, então tesoureiro do PT, orientou Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, sócio do Grupo Setec da qual a Setal fazia parte, a efetivar pagamentos de um milhão de reais para a Gráfica Atitude. Renato Duque, então diretor da Petrobras, havia solicitado o pagamento em virtude das obras realizadas pela Setal para a Petrobras na Refinaria de Paulínia e na Refinaria Presidente Getúlio Vargas. Para viabilizá-lo, foi celebrado entre a gráfica e o grupo Setec contratos simulados que teriam por objeto a produção de uma revista. Os pagamentos foram feitos entre julho e dezembro de 2013, conforme comprovantes apreendidos com Augusto Mendonça. Ele mesmo, em seu depoimento, narrou que foram feitos pagamentos para a Gráfica

Atitude em benefício do PT e que a compra do material da gráfica não foi registrada como doação ao partido. As provas citadas foram suficientes, para Herman Benjamin, a lastrear condenação por abuso de poder político e econômico.

Houve ilícitos que, embora apurados, foram desconsiderados por Herman Benjamin por não terem vinculação direta com a petição inicial e suas causas de pedir. O primeiro deles denominado pelo Relator “caixa três” consistia na utilização pela Odebrecht da cervejaria Petrópolis para fazer doações à campanha da dos réus no total de R\$ 26.200.000,00. O segundo é o pagamento de propina ao PT ao PMDB por conta da obra da Usina Angra III. O terceiro, a distribuição de propinas referentes à obra da usina de Belo Monte. O quarto, pagamento via caixa dois a Mônica Moura e João Santana por Eike Batista.

Passando às irregulares relativas aos gastos de campanha, Benjamin examina os pagamentos feitos às empresas Red Seg Gráfica, VTPB e Focal. Essas empresas, juntas, receberam 56 milhões de reais. As irregularidades detectadas e provadas nos autos foram as mais diversas: presença de “laranjas” na direção das empresas e no quadro societário, incapacidade para prestar serviço e ausência de entrega do objeto contratado. Por considerar presentes provas robustas da reponsabilidade da chapa da Coligação Com a Força do Povo pelas ilicitudes nos gastos eleitorais, Benjamin reconhece a ocorrência de abuso de poder econômico.

Para finalizar seu voto, o Relator originário, citando jurisprudência do TSE, defende que os autores da ação têm razão ao sustentar que não houvesse nenhum ilícito grave considerado isoladamente, a multiplicidade de ilícitos menores justificaria a cassação de mandatos. Cita diversos acórdãos do TSE – (REspe 588-76⁵⁰⁵, EDcl-REspe 121⁵⁰⁶, REspe 31743⁵⁰⁷) - em que se pontua que a apuração do poder econômico, nos casos em que os fatos apontados são múltiplos, deve ser aferida a partir do conjunto das ilicitudes. Acrescenta que, no caso dos autos, alguns dos ilícitos comprovados bastam, por si, para a configuração do abuso de poder econômico, como a

⁵⁰⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 568-76**. A apuração do abuso de poder econômico, nos eitos em que os fatos apontados são múltiplos, deve ser aferida a partir do conjunto de irregularidades apontadas. Assim, ainda que alguma delas não possua em si gravidade suficiente para autorizar a cassação do registro ou do diploma dos representados, é possível que, no conjunto, a gravidade seja reconhecida. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 05 de novembro de 2015.

⁵⁰⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral 121**. A contradição apontada pelo embargante refere-se a fatos isolados. Porém, a decisão de manter a cassação do prefeito se deu pelo “conjunto da obra”. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 05 de dezembro de 2016.

⁵⁰⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 31743**. É relevante para a verificação da alegada identidade das causas de pedir entre diversas ações, que o acórdão se manifeste se em alguma delas a gravidade dos fatos é invocada pelo conjunto da obra. Omissão reconhecida. Relatora: Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, 31 de maio de 2016.

destinação de recursos de propina enviados via caixa 2 à campanha da chapa Coligação com a Força do Povo em 2014. Ainda que assim não o fosse, haveria para o Relator uma miríade de ilicitudes apta a justificar a condenação. Elenca as seguintes:

a) Propina-gordura" ou "propina-poupança" na Petrobras; b) Pagamento realizado pela Keppel Fels a Mônica Regina Cunha Moura no ano de 2014, por orientação do Sr. João Vaccari Neto; c) Contrato da Sete Brasil para a construção de navios-sonda e a distribuição de propinas ao Partido dos Trabalhadores; d) "Propina ou Caixa Dois-gordura" ou "Propina ou Caixa Dois-Poupança". A conta corrente permanente da Odebrecht; e) Compra de apoio político para a chapa da Coligação Com a Força do Povo. O episódio da compra de tempo de propaganda. f) Setor de Operações Estruturadas e o pagamento de caixa dois a "Feira" (Mônica Moura), em benefício da campanha da Coligação Com a Força do Povo em 2014; g) Ilícitos comprovados acerca dos gastos praticados pela chapa da Coligação Com a Força do Povo na campanha eleitoral de 2014.

Ao final, Herman determina a cassação de mandato por abuso de poder político e econômico, considerando que: a) as condutas ilícitas beneficiaram a candidatura; b) a chapa é indivisível, razão pela qual todos os seus componentes (candidatos a presidente e a vice) devem ser cassados. Faz referência à jurisprudência do TSE para justificar sua posição: AgRg em Recurso Eleitoral 19563⁵⁰⁸, RO 26659⁵⁰⁹, AgRg em REspe 35762⁵¹⁰, EDcl-REspe 121⁵¹¹.

Findo o voto do Relator, o Vice-Procurador-Geral Eleitoral (PGE) Nicolao Dino, considerando a relação de trato sucessivo mencionada no voto de Herman entre os gastos de campanha, e que o Min. Admar Gonzaga, então recém-nomeado por Michel Temer, figurou como advogado de Dilma Roussef na campanha de 2010, requereu que fosse reconhecida a sua suspeição. O pedido foi indeferido pela corte, mas o que chamou a atenção foi a reação do

⁵⁰⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Eleitoral 19563**. Nos termos do art. 22, XIV, da LC 64/1990, a decretação da cassação do registro ou do diploma do candidato exige-se apenas a comprovação do benefício decorrente do abuso. Relator: Min. Gilmar Mendes, 02 de fevereiro de 2016.

⁵⁰⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 29659**. Conquanto o mero benefício seja suficiente para cassar o registro ou o diploma do candidato beneficiário do abuso de poder econômico, a declaração de inelegibilidade se restringe apenas ao representado e de quanto hajam contribuído para a prática do ilícito. Relator: Min. Gilmar Mendes, 29 de setembro de 2016.

⁵¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 35762**. A jurisprudência está consolidada no sentido de que nas ações eleitorais em que se cogita de cassação de registro, de diploma ou de mandato, há litisconsórcio passivo necessário entre os integrantes da chapa majoritária, considerada a possibilidade de o vice ser afetado pela eficácia da decisão. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 25 de maio de 2010.

⁵¹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral 121**. A cassação do mandato de vice-prefeito não decorre de eventual prática de ato comissivo de sua parte mas sim – na linha da remansosa jurisprudência bem como da mais abalizada doutrina – em virtude da consequência lógica-jurídica da indivisibilidade da chapa. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 05 de dezembro de 2016.

Presidente do TSE Gilmar Mendes. Afirmou que MP deveria “assumir o papel e respeitar o tribunal” e que não poderia agir coagindo o tribunal ou fazendo jogo de mídia. O Vice-Procurador-Geral informou que estava trazendo uma questão que havia sido levantada pelo Relator na manhã daquele dia e que não faltou em nenhum momento com consideração e respeito devidos ao tribunal. O Relator originário, Herman Benjamin, destacou que se deve repensar a forma de composição da Justiça Eleitoral Brasileira (tema que será tratado no capítulo final dessa tese), para que não se permita que advogados que atuaram nas eleições anteriores componham o tribunal. No entanto, por entender que seria necessária mudança legislativa, rejeita a suspeição.

Num outro momento, Gilmar Mendes chegou a dizer “é preciso que as pessoas tenham a noção, sejam maiores do que são e não meçam a pessoas pelas suas próprias medidas”. A isso o Vice-PGE respondeu: “Não aceito a crítica, senhor presidente. O MP não é o réu nesta ação. Cumpri o meu dever institucional, como sempre farei”.

Após ser votada a suspeição, o Min. Napoleão Maia, que viria a ser o Relator do caso, proferiu o seu voto vencedor em 37 páginas (p. 1752-1789). Inicia sua manifestação apontando que acompanha o voto do Relator no que se refere às preliminares de falta de interesse de agir, litispendência e “descabimento da cassação dos diplomas de presidente e de vice-presidente da República”. Não o faria, no entanto, quanto ao que chama de preliminar de “extrapolação do objeto da ação, notadamente com a inauguração da denominada Fase Odebrecht, denominação que o eminente Relator não adota, em que se ampliou o rol dos fatos contidos na inicial da ação”. Veja-se que Napoleão Maia não traz qualquer explicação acerca da ampliação. Toma-a como um dado posto, apesar das explicações dadas por Herman Benjamin, e acolhe a preliminar. Evidente a irracionalidade nascida da falta de saturação e da passagem gradual entre as etapas da argumentação.

Napoleão Maia defende que de acordo com o antigo CPC - arts. 128 e 460 - e o art. 492 do atual Código, o julgamento está adstrito ao pedido e à causa de pedir postos na inicial. Eis o que ele denomina “princípio jurídico processual da congruência, adstrição, ou correlação”. Cita, então, para defender a obediência ao princípio, onze doutrinadores: Humberto Teodoro Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Antônio Carlos de Araújo Cintra, José Joaquim Calmon de Passos, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery, Gustavo Zagrebelsky, Maria Thereza Moura, Geraldo Ataliba e Norberto Bobbio.

O novo Relator, ademais, faz menção a cinco julgados: REsp 161446/PI, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 187/DF⁵¹², AgRg no REsp 1.502.269/PR⁵¹³, RHC 66.126/PR⁵¹⁴ e HC 137.828/RS⁵¹⁵. Dos cinco, dois não têm qualquer relação com a tese defendida por Napoleão. No HC 137.828/RS o STF limitou-se a determinar que o STJ julgasse o mérito de um HC. Na ADPF 187, relatada por Celso de Mello, o debate foi travado em volta da legalidade ou não da “marcha da maconha”. Napoleão Maia pinçou um trecho de uma manifestação do Min. Luiz Fux bastante lateral ao debate em que dizia que o desacordo moral razoável impõe que o tributário permaneça subordinado ao princípio da congruência.

Como o Relator esforçou-se tanto para definir o que seria o princípio da congruência, esperava-se que, analisando a petição inicial e a decisão de Herman Benjamin, definisse em que ponto o princípio foi ofendido. Em que, exatamente, Herman Benjamin teria ofendido os limites traçados na petição inicial? Quais seriam, para Napoleão Maia, tais limites? E quais os pontos do voto de Benjamin que os teriam desrespeitado? Nenhuma resposta foi dada.

Napoleão Maia mencionou ainda quatro artigos: 128 e 460 do CPC que não mais vigia naquele momento; o art. 492 do novo CPC; e o art. 23 da LC 64/90. Herman Benjamin, por diversas vezes em seu voto, recusou-se expressamente a utilizar o art. 23 da LC 64/90. Segundo o dispositivo, o tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Apesar de Herman Benjamin não ter lançado mão do dispositivo e destacar sempre o vínculo entre a petição inicial e as provas feitas na instrução, Napoleão Maia concluiu que o cerne da questão estava em “definir o alcance a ser conferido, pela via judicial interpretativa, ao art. 23 da LC 64/90, já tido por constitucional pelo STF”. Eis aqui caso clássico de

⁵¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF**. A “marcha da maconha” constitui manifestação legítima por cidadãos da república de dois direitos fundamentais: o direito de reunião e o direito à livre expressão do pensamento. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de maio de 2014.

⁵¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.502.269/PR**. Ofende ao princípio da congruência a decisão baseada em fatos não trazidos na inicial ou quando atribui aos fatos apresentados consequências jurídicas não deduzidas na demanda. Relator: Min. Humberto Martins, 26 de junho de 2015.

⁵¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 66126/PR**. É ilícita a busca de provas ampla, sem contornos bem definidos, em verdadeira *fishing expedition*. Relator: Min. Marcelo Ribeiro Dantas, 07 de março de 2016.

⁵¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 137.828/RS**. Se a ausência instrutória do writ somente for apontada em grau recursal, nada obsta que nessa mesma sede seja sanada a irregularidade. Habeas corpus concedido para cassar o acórdão recorrido e determinar o julgamento do mérito do HC. Relator: Min. José Dias Toffoli, 16 de dezembro de 2006.

irracionalidade de acordo com MacCormick, para quem irrazoável é a posição que, numa decisão: a) ignora fatores relevantes; b) considera os irrelevantes; c) distorce a importância de cada fator. Napoleão Maia ignorou o fato de Herman Benjamin não ter lançado mão do art. 23; dá importância à discussão sobre alcance do dispositivo que sequer foi utilizado; e distorce a importância do fato de Herman Benjamin ter demonstrado, cotejando trechos da petição inicial com a prova produzida, que em nenhum momento se ofendeu o princípio da congruência.

Napoleão Maia limita-se a, genericamente, afirmar que a partir da Fase Odebrecht (expressão cunhada pela defesa que não foi adotada por Herman Benjamin para se referir supostamente à instrução por ele levada a cabo), as ações eleitorais ganharam novo impulso, nascido tanto do “considerável volume de fatos e indícios compartilhados por instâncias judiciais em que tramitam os feitos da chamada Operação Lava-Jato” como dos depoimentos colhidos por Herman Benjamin. Para Napoleão Maia, “esses fatos emergentes não foram cogitados na petição inicial destas ações eleitorais”. Ele nunca, porém, definiu que fatos emergentes seriam esses. Sem defini-los, como sustentar que não foram citados nas iniciais?

No que toca aos 16 ilícitos descritos por Napoleão na p. 1774 do acórdão, ele trata bastante sucintamente deles, apontando somente que os afastará preliminarmente por não ter havido “efetiva e plural produção probatória, seja do ponto de vista da participação das partes, seja sob o aspecto da verticalidade da investigação judicial”. Sobram, então, duas irregularidades, segundo ele: a relativa ao abuso do poder econômico referente à contratação de gráficas e a que abarca as doações à campanha advindas de empreiteiras que mantinham contratos com a Petrobras.

Quanto à gráfica, recordemos que Herman Benjamin destacou que foram feitos pagamento às empresas Red Seg Gráfica, VTPB e Focal de 56 milhões de reais. As irregularidades provadas nos autos envolviam a presença de “laranjas” na direção das empresas e no quadro societário, incapacidade para prestar serviço e ausência de entrega do objeto contratado. Napoleão Maia reduziu a questão ao mero inadimplemento contratual. Para Napoleão, o fato do pagamento dos serviços gráficos ter sido adimplido e os serviços prestados de forma parcial mostra que houve somente inadimplemento contratual, apto a trazer prejuízo ao próprio contratante. Não seria viável, de acordo com Maia, “caracterizar como abusiva a conduta que resultou em um serviço mal prestado”. Ignorou-se completamente o fato de que as gráficas, dirigidas e compostas por “laranjas”, sem capacidade operacional, foram usadas como elemento

de passagem de milhões de reais. Para ele, o fato da situação narrada indicar a prática de lavagem de dinheiro não deve ter relevância para a Justiça Eleitoral, a qual “não é apropriada para apurar devidamente o contexto desses contratos”. A pergunta que se põe é: para que serviriam, então, as ações de investigação judicial eleitoral e de impugnação de mandato eletivo em pauta?

No que toca ao abuso do poder econômico e à utilização de recursos não contabilizados vindos de propinas relacionadas a contratos de empreiteiras com a Petrobras, Napoleão Maia, que já tinha julgado procedente a preliminar que extrairia dos autos a instrução feita pelo Relator, sustenta que não há nada nos autos que prove que teria havido doação vinda de propinas para a campanha presidencial de 2014. De acordo com ele, haveria apenas ilações nascidas das provas testemunhas que não são suficientes à prova do ilícito. Ignorando a documentação descrita por Herman Benjamin como extratos bancários, recibos eleitorais e planilhas apreendidas com os colaboradores, Maia defende que “a prova que porventura vincularia de algum modo os representados à conduta abusiva é de natureza somente e apenas testemunhal”. Sustenta que:

A meu ver, as provas testemunhais colhidas nestes autos **acham-se desacompanhadas de lastro material minimamente apto para referendá-las**, pondo-se em evidência que aqui se trata de **ilícitos que deixam vestígios empíricos**, os quais serviriam para confirmar, abonar ou completar o elenco probatório, dando aos testemunhos orais aquele halo da certeza necessária para a condenação apoiada em provas seguras (art. 158 do CPP) (grifos nossos).

Napoleão Maia repete, com expressões diferentes, que falta robustez aos elementos de prova nos parágrafos 130,131,132, 133, 135, 137, 138, 139, 140 e 141. Os termos utilizados variam de “ausência de densidade” a “elaboração intelectual meio abstrata, que se poderia dizer quase metafísica, calcada mais em convicções íntimas e em crenças subjetivas do que, propriamente, estribada em dados empíricos concludentes” e “ofensa ao garantismo”. Para o novo Relator, a prova que pesa contra os representados é somente testemunhal e baseada em delações que não mereceriam crédito. Novamente, nenhuma palavra se disse, no entanto, sobre o teor dos documentos examinados em conjunto com a prova testemunhal por Herman Benjamin em seu voto.

Após os comentários sobre a falta de provas, Napoleão Maia finaliza seu voto votando pela improcedência das ações. É acompanhado por Admar Gonzaga⁵¹⁶ e Tarcisio Vieira de

⁵¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Admar Gonzaga toma posse como ministro efetivo do TSE**. Abr. 2017.

Carvalho⁵¹⁷, empossados em 27 de abril e 09 de maio, respectivamente, os quais proferiram seus votos na sessão de 09 de junho de 2017. Curtíssimo o intervalo, portanto, entre a nomeação por Michel Temer de Admar Gonzaga e Tarcísio Vieira e o momento em que os nomeados votaram a favor de Temer. Esse intervalo ínfimo é um risco evidente à imparcialidade.

Os Ministros Luiz Fux e Rosa Weber acompanharam Benjamin, pontuando a inexistência da ampliação da causa de pedir e volume de provas a favor da cassação. Empatada a votação, assim, em 3 x 3.

Gilmar Mendes desempata seguindo Napoleão Maia. Seu voto é um dos que mais apresentam traços de irracionalidade dos examinados até agora. Além de utilizar-se de argumentos *ad hominem* em profusão ao utilizar expressões como “estamos muito entusiasmados com os nossos próprios umbigos”. “não devemos brincar de aprendizes de feiticeiros”, “não brinquemos de Américo Pisca-Pisca”, deixa de fundamentar suas teses, cai em contradição e ignora o afirmado pelo Relator. Vejamos.

Antes de continuar com o exame do voto de Gilmar Mendes, relembremos partes do seu voto no AgRg na AIME que permitiu o prosseguimento das ações. Lá, defendeu amplos poderes para o magistrado adotar diligência de ofício, como neste trecho:

Mas tem que se acrescentar algo mais. Há que se mencionar que o magistrado pode adotar inúmeras diligências de ofício, justamente busca da normalidade e legitimidade do pleito (art. 22, inciso VI, da LC nº 64/1990), inclusive ouvindo "conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão do feito" (inciso VII da referido artigo -grifos nossos). E nem precisa grande raciocínio jurídico para concluir que a aludida conduta pode, em tese, qualificar-se como abuso do poder econômico, causa de pedir da ação de impugnação de mandato eletivo.

Ao abordar a causa de pedir, argumenta que nela se descreve abuso de poder econômico decorrente de financiamento de campanha com dinheiro oriundo de corrupção/propina, sem fazer restrição em relação a nenhuma empresa que tivesse relação com a Petrobras, conforme se nota neste segmento de voto:

Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Abril/admar-gonzaga-toma-posse-como-ministro-efetivo-do-tse>. Acesso em: 22 dez. 2001.

⁵¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ministro Tarcísio Vieira toma posse como titular do TSE nessa terça-feira**. Maio 2017. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Maio/ministro-tarcisio-vieira-toma-posse-como-titular-do-tse-nesta-terca-feira-9>. Acesso em: 04 jan. 2022.

2. FINANCIAMENTO DE CAMPANHA COM DINHEIRO ORIUNDO DE CORRUPÇÃO/PROPINA DA PETROBRAS

Por outro lado, verifico suporte probatório que justifica a instrução processual da ação de impugnação de mandato eletivo quanto ao suposto abuso do poder econômico decorrente do financiamento de campanha com dinheiro oriundo de corrupção/propina. Data vênua do entendimento da Relatora, não se cuida em transportar para o Tribunal Superior Eleitoral análise de todos os fatos apurados na operação Laja Jato, pois falece a este Tribunal a competência originária para processar e julgar ação penal, mesmo envolvendo crimes eleitorais.

[...]

Em síntese, na Operação Lavajato, há indícios da prática sistemática e habitual de crimes de cartel, de fraude à licitação, de corrupção e de lavagem de dinheiro. Grandes empreiteiras do país se reuniam, acertavam entre elas os resultados das licitações da Petrobras, fraudavam as licitações para que a empresa previamente definida ganhasse o certame e impusesse o seu preço nas obras, pagavam, em cada grande contrato da Petrobras, propinas dirigidas a diretores e empregados da Petrobras e a agentes públicos, como parlamentares ou, como no caso, ex-parlamentar. Ora, a referida conduta relatada na inicial e acompanhada de mínimo suporte probatório pode sim qualificar-se como abuso do poder econômico, o que, a meu ver, justifica, no mínimo, a necessária instrução do feito, em busca da verdade dos fatos, respeitando as garantias do contraditório e da ampla defesa.

Em outros parágrafos, Gilmar Mendes destaca que o que se busca é verificar se recursos vindos da corrupção da Petrobras foram ou não repassados para a campanha eleitoral. Cita a possibilidade de ter havido adiantamento da propina e defende que, no mínimo, tudo precisa ser esclarecido:

Na verdade, busca-se tão somente verificar se, de fato, recursos provenientes de corrupção na Petrobras foram ou não repassados para a campanha presidencial, considerando que o depoimento do diretor da companhia, Paulo Roberto da Costa, pelo menos em uma primeira análise, revela um viés eleitoral da conduta, pois desnecessário qualquer esforço jurídico-hermenêutico para concluir que recursos doados a partido, provenientes, contudo, de corrupção, derramados (também!) nas disputadas eleitorais, mormente naquela que exige maior aporte financeiro, como a disputa presidencial. Os números estão estampados aí com base nas delações premiadas. Diz-se que os partidos políticos ou pessoas a eles ligadas fariam jus a um tipo de remuneração que equivaleria a até 3% de cada contrato da Petrobras. Não é difícil adivinhar que parte desses recursos pode ter vindo para a campanha, e as triangulações que têm sido reveladas podem indicar propósitos recônditos. Tudo isso precisa ser no mínimo investigado. Some-se a isso a circunstância de que empresas envolvidas na operação Lava Jato doaram importantes valores para os partidos envolvidos no suposto esquema (PT, PMDB e PP) - algo em torno de R\$100 milhões nos anos de 2012 e 2013. E, perdoem-me a obviedade, não tivemos eleição em 2013, mas em 2014 sim! Já

era um adiantamento da propina? Isso precisa ser ao menos esclarecido, e a Justiça Eleitoral não pode ficar indiferente a esse tipo de exame ou liminarmente indeferir um pedido que busca esclarecer - não se trata de cassar mandato, aqui, mas de dizer o que ocorreu, até para o futuro! É compromisso que temos com nossos filhos, com as futuras gerações: não permitir mais que esses fatos se repitam. Isto já seria grande contribuição: revelar qual era a contribuição, no processo eleitoral, dessas más práticas de gestão. Destaque-se ainda que o noticiário diário reforça o suporte probatório mínimo constante destes autos, pois os delatores no processo da Lava Jato têm confirmado o depoimento de Paulo Roberto da Costa no sentido de que parte do dinheiro ou era utilizada em campanha eleitoral ou para pagamento de propina. De fato, apenas como exemplo, ressalto que os delatores Ricardo Pessoa e Alberto Youssef confirmaram terem repassado vultosas quantias em dinheiro para o Partido dos Trabalhadores, em depoimentos que, inclusive, poderão ser esclarecidos na Justiça Eleitoral, caso assim a Relatora entenda para chegar-se a uma conclusão definitiva sobre o viés eleitoral ou não da conduta. Imaginem, Senhores Ministros, que se possa demonstrar, a partir do depoimento do Senhor Ricardo Pessoa, que os R\$7 milhões que sua empresa doou foram claramente fruto de propina, doação eleitoral, portanto, como lavagem de dinheiro. Certamente, Ministra Maria Thereza, Vossa Excelência, como penalista de escol, daria brilhante contribuição ao Brasil esclarecendo este fenômeno sob o ponto de vista jurídico: lavagem de dinheiro na Justiça Eleitoral, corrupção na Petrobras resulta em lavagem de dinheiro na doação. Isso precisa ser esclarecido, com efeito prático para a história do país. E a oportunidade que se tem é nesta ação.

Gilmar Mendes, no seu voto vencedor no AgRg, reforça a necessidade de se permitir a instrução do processo, admitindo-se a prova sobre o destino da propina. Disse ele:

Com a respeitosa vênua da Relatora, entendo que negar a instrução deste processo se assemelha à situação em que a parte pleiteia a produção de prova, vindo o magistrado a indeferir o pedido e, posteriormente, julgá-lo improcedente justamente por ausência de provas, o que obviamente não se coaduna com o devido processo legal. Conforme bem demonstrava o Ministro Sepúlveda Pertence, o art. 22 da LC nº 64/1990, aplicável à ação de impugnação de mandato eletivo, é o que diz esse clássico professor e Ministro: "não exige prova incontestável para que seja proposta a investigação judicial eleitoral, mas apenas indícios que serão apurados no decorrer da instrução. Exigir a apresentação de provas cabais, é eximir o Tribunal de suas responsabilidades. Assim, o julgamento antecipado da lide, no caso, impossibilitou a apuração dos fatos alegadamente ocorridos, o que afronta o princípio do devido processo legal" (REspe nº 19.419/PB, julgado em 16.10.2001 —grifos nosso), como há no caso concreto. Quanto ao desvio de finalidade na convocação de rádio e televisão e à manipulação na divulgação de indicadores socioeconômicos - Ipea -, considero precipitada a conclusão da Relatora, pois, além de impossibilitar a análise de eventual conteúdo econômico das condutas, as teses jurídicas devem ficar para o julgamento de mérito da ação, após a regular instrução processual, evitando-se qualificações jurídicas precipitadas, sem respaldo em outras provas que poderiam surgir nos autos, com a ampla dilação probatória, mormente quando se

sabe que a Relatora "procederá a todas as diligências que determinar, ex officio ou a requerimento das partes" (art. 22, inciso VI, da LC nº 64/1990) e que "o Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral" (art. 23 da LC nº 64/1990).

No último trecho do voto condutor no AgRg que será nessa tese transcrito, Gilmar Mendes assevera que é preciso investigar se houve dinheiro de propina sistêmica da Petrobras na campanha eleitoral, e “não só para diletantismo acadêmico”.

O pouco que já se revelou, e certamente há muito a se revelar, já é suficiente para que nos preocupemos. Se houve dinheiro de propina sistêmica da Petrobras na campanha eleitoral, isso deve ser investigado, e não só para diletantismo acadêmico, Ministra Maria Thereza. Já é uma coisa curiosa: corrupção, lavagem de dinheiro na Justiça Eleitoral. Imagino que tenha alunos na UnB e no IDP interessados numa tese como essa, Ministro Luiz Fux. Mas não se trata disso. É razoável que se instale um modelo como este, que o país passe a funcionar dessa maneira, em que dinheiro de propina sai para partido do governo e comece a circular! É razoável? Isso precisa ser investigado. Que as doações eleitorais sejam fruto de propina! Transmuda tudo, isso precisa ser esclarecido também no âmbito da Justiça Eleitoral para que entendamos, no mínimo, o mecanismo utilizado. Tenho dito ao Ministro Dias Toffoli que temos que ter hoje um grupo de experts em campanha eleitoral, que já estiveram do outro lado, para nos contar, para que não tenhamos a cara de "São Jorge no prostíbulo". Para que possamos ir além, para que de fato não possamos coonestar práticas desse tipo. Isso é fato - gravíssimo, porque não se trata de um caso de corrupção pontual como e está a indicar, mas de algo sistêmico como apontado pelo Juiz Sérgio Moro.

Comparamos agora o teor dessas manifestações com as proferidas no voto que acompanhou Napoleão Maia no julgamento da chapa Dilma-Temer. Começa por dizer que, vencedora a tese do Relator, deve-se voltar até 2006 e assim todos os atos dos presidentes que nomearam os Ministros seriam nulos. Nas palavras de Gilmar Mendes:

Se nós fôssemos adotar a premissa do Relator em relação ao trato sucessivo que vem desde 2006, nós teríamos que anular tudo o que se fez no Brasil, inclusive designação de Ministros do Supremo. É isso que se quer? Vamos discutir com sinceridade e com responsabilidade.

Não dá, no entanto, qualquer fundamento para essa afirmação. É evidente que a perda de mandato tem efeito *ex nunc* e não traz qualquer vício para os atos praticados pelos presidentes da

república no exercício do mandato. Ademais, a petição inicial não apresentou qualquer pedido referente às eleições anteriores à de 2014, especialmente porque os mandatos nelas obtidos já estavam findos.

Ao se manifestar, Mendes alegou que outros fatos que surgiram no curso da ação não guardam relação com a causa de pedir. Segundo ele, houve extrapolação do objeto da demanda, pois a causa de pedir das ações referia-se às empresas que doaram para a campanha dos representados recursos desviados de contratos da Petrobras, enquanto as doações da Odebrecht para a eleição presidencial não guardam conexão com o esquema da estatal. Para prová-lo, cita apenas trecho de depoimento de Marcelo Odebrecht segundo o qual “no caso específico da campanha de 2014, o único dinheiro que pode ter vindo de maneira ilícita, quer dizer, contrapartida específica, foi essa questão do Refis da crise”. Esquece-se completamente do trecho de seu voto anterior em que tratou do adiantamento de propina, dos parágrafos da inicial lidos por Benjamin, e dos outros depoimentos e provas citados no voto de Herman Benjamin que apontavam para uma relação de trato sucessivo e diversos pagamentos indevidos à campanha.

Em relação às gráficas, Gilmar Mendes considera que o desvio de 50 milhões constitui “evidente desorganização contábil” e que a prova não indica o cometimento de abuso. Mesmo que os recursos de campanha tenham sido usados para o pagamento de propina, segundo ele, não teria havido reflexo na normalidade e legitimidade do pleito de 2014. Nenhum desenvolvimento do raciocínio em etapas progressivas, como recomenda MacCormick, é feito.

Embora Herman Benjamin, em diversas ocasiões, tenha explicado em seu voto que não utilizou-se do art. 23, Gilmar Mendes, como Napoleão Maia, cita o dispositivo para defender que “o processo é garantia não voluntarismos”. Vale lembrar que em seu voto no AgRg defendeu a aplicação dos arts. 22 e 23, apontando que “o magistrado pode adotar inúmeras diligências de ofício, justamente em busca da normalidade e legitimidade do pleito”.

Ao tentar mostrar que não havia contradição entre sua posição atual e a exposta no agravo da AIME 7-61 que autorizou o prosseguimento da instrução, Gilmar Mendes destaca que “eu disse com toda a clareza que nós estávamos abrindo processo, mas eu não tinha o propósito de cassar, o que eu achava - importante era conhecer as entranhas desse sistema”. Dois pontos chamam atenção: o primeiro, o de que Gilmar Mendes considera ser possível determinar o resultado do julgamento (a não cassação) antes do término da instrução que estava sendo reaberta graças a ele; o segundo, o fato de ele se opor a trecho do voto no agravo destacado acima em que

ênfatiza que “se houve dinheiro de propina sistêmica da Petrobras na campanha eleitoral, isso deve ser investigado, e não só para diletantismo acadêmico”.

Herman Benjamin, em diversas passagens, demonstrou seguir o voto de Gilmar Mendes no agravo. Esse, para se defender da argumentação do Relator, afirma que “os fatos supervenientes reportados por mim naquela assentada guardavam estrita pertinência com a causa de pedir das ações”. Alegou que não imaginava cassar Dilma Rousseff no TSE ou expandir objeto ou causa de pedir delimitados pela própria ação. O item 4 da ementa de seu voto, continua, “refere-se a recursos decorrentes de propina de contratos da Petrobras, essa era a causa de pedir, de forma muito clara, mas Odebrecht”. Os outros fatos que surgiram no curso da ação relativos a “empresas que mantinham contratos com a Petrobras e repassava em percentual do contrato a candidatos e partidos políticos”, não estariam na petição inicial. Ocorre que em seu voto no agravo Gilmar Mendes afirmou exatamente o oposto, citando grandes empreiteiras e propina sistêmica. Eis os trechos pertinentes, já destacados outrora:

Grandes empreiteiras do país se reuniam, acertavam entre elas os resultados das licitações da Petrobras, fraudavam as licitações para que a empresa previamente definida ganhasse o certame e impusesse o seu preço nas obras, pagavam, em cada grande contrato da Petrobras, propinas dirigidas a diretores e empregados da Petrobras e a agentes públicos, como parlamentares ou, como no caso, ex-parlamentar. Ora, a referida conduta relatada na inicial e acompanhada de mínimo suporte probatório pode sim qualificar-se como abuso do poder econômico.

[...]

O pouco que já se revelou, e certamente há muito a se revelar, já é suficiente para que nos preocupemos. Se houve dinheiro de propina sistêmica da Petrobras na campanha eleitoral, isso deve ser investigado.

[...]

Na verdade, busca-se tão somente verificar se, de fato, recursos provenientes de corrupção na Petrobras foram ou não repassados para a campanha presidencial, considerando que o depoimento do diretor da companhia, Paulo Roberto da Costa, pelo menos em uma primeira análise, revela um viés eleitoral da conduta, pois desnecessário qualquer esforço jurídico-hermenêutico para concluir que recursos doados a partido, provenientes, contudo, de corrupção, derramados (também!) nas disputadas eleitorais, mormente naquela que exige maior aporte financeiro, como a disputa presidencial. Os números estão estampados aí com base nas delações premiadas. Diz-se que os partidos políticos ou pessoas a eles ligadas fariam jus a um tipo de remuneração que equivaleria a até 3% de cada contrato da Petrobras. Não é difícil adivinhar que parte desses recursos pode ter vindo para a campanha, e as triangulações que têm sido reveladas podem indicar propósitos recônditos. Tudo isso precisa ser no mínimo investigado.

Esse desprezo em relação à decisão anterior – o qual poderia ser resolvido por regra de preclusão – torna plausível a conclusão de falta de sinceridade exigida do falante por Alexy. Apesar dos vícios evidentes quanto à racionalidade, o voto de Gilmar Mendes, ao acompanhar Napoleão Maia, decidiu a questão em favor da chapa Dilma-Temer, julgando improcedentes os pedidos.

Foram opostos EDcl⁵¹⁸ pela PGE, julgados improcedentes. Oferecido RE, o caso aguarda julgamento pelo STF.

Façamos, então o balanço dos elementos de racionalidade do acórdão cujo voto condutor foi de Napoleão Maia. Embora tenham sido utilizadas formas de justificação próprias da argumentação jurídica, como a dogmática e os precedentes, a irracionalidade salta aos olhos. A contradição entre as posições expostas no AgRg e a elaborada no julgamento de mérito acaba ofendendo o princípio da universalidade e a proibição de que o falante se contradiga. Pela primeira vez, a derrotabilidade é desrespeitada, já que, segundo Napoleão Maia e Gilmar Mendes, no voto do AgRg o TSE tinha decidido que não se cassaria mandato nenhum com a ação, a qual serviria para investigar o ocorrido. A própria justificação interna foi prejudicada, já que as omissões das premissas menores são tamanhas que se torna impossível afirmar que a estrutura de exposição utilizada foi a silogística. A razão disso é que Napoleão Maia nunca afirmou quais eram os limites da petição inicial e como eles teriam sido desrespeitados ao acolher a preliminar de extrapolação do objeto da ação. Sem ter definido quais seriam seus limites e quais os pontos do voto de Benjamin que os teriam desrespeitado, o acórdão ofende tanto a saturação quanto à necessidade de se respeitar o progressivo caminhar em direção às normas de maior concretude. Desrespeitou-se ainda a razoabilidade pelo fato do Relator designado ter dado importância exagerada ao art. 23 da LC 64/90, muito embora a aplicação dele jamais tenha se dado pelo Relator originário, e ignorado completamente as provas citadas por Benjamin e as menções que

⁵¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 1943582014**. Nos termos do art. 1.022 do CPC/2015, são cabíveis embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual deveria se pronunciar o juiz, de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material. A contradição que autoriza a oposição de embargos se verifica quando existem, na decisão, assertivas que se excluem reciprocamente ou quando, da fundamentação, não decorra a conclusão lógica. Não se enquadra como contradição, para os fins que se pretende, a divergência de entendimento verificada nos votos vencidos, que, superados pelo entendimento da maioria, não são hábeis a embasar o manejo de embargos. Conclui-se que o aresto combatido analisou, a questão controvertida, não havendo falar em omissão ou contradição. Os aclaratórios, no caso, não buscam a correção de eventual defeito do acórdão, mas a alteração do resultado do julgamento, providência inviável na via recursal eleita. 5. Embargos de declaração rejeitados. Relator: Min. Og Fernandes, 21 de setembro de 2020.

fez ao conteúdo da petição inicial. Quanto aos precedentes, Napoleão Maia citou alguns para defender sua posição quanto à congruência, mas trouxe outros que não tinham qualquer relação com o tópico que ele buscava examinar.

Findo o exame individualizado das decisões do TSE, passemos agora às conclusões do trabalho. Será possível extrair alguma característica, a partir do conjunto de acórdãos analisados, relativa à racionalidade ou à irracionalidade? Se sim, o que fazer para diminuir essa em benefício daquela?

6 CONCLUSÕES

Na introdução desse trabalho, transcrevi passagem de um voto de Gilmar Mendes no Agravo da AIME 7-61 em que ele alertava para a presença de uma racionalidade própria do tribunal, ao apontar a postura contraditória da corte quanto à cassação de mandatos. Segundo ele:

O Tribunal é muito valente para cassar prefeitos de interior, por exemplo, mas é muito reticente em relação às disputas nas capitais, por razões que talvez justifiquem um equilíbrio, ou um imaginário equilíbrio que exista. O TSE é muito corajoso às vezes para cassar um governador da Paraíba, mas não quer intrometer-se na disputa em São Paulo, ou no Rio de Janeiro, ou mesmo em Minas Gerais. Há uma assimetria. Referindo-se a este caso, alguém disse: "Se fosse um caso de prefeito de capital, já teria havido uma decisão". Há uma assimetria e talvez tenha uma razão.

O foco desse trabalho esteve na argumentação jurídica usada na justificação das decisões do TSE que julgam a cassação dos mandatos. A hipótese era a de que haveria racionalidade própria dessas decisões, mesmo quando desrespeitassem critérios da doutrina consagrada sobre o tema de Alexy e MacCormick, o que confirmaria a manifestação irônica de Gilmar Mendes.

Compilemos os resultados colhidos das análises das decisões e os confrontemos com a hipótese. Antes, examinemos as previsões do ordenamento pátrio quanto à racionalidade.

A racionalidade é definida em função do ordenamento em que está inserida. No Brasil, é a CF/88 quem estabelece expressamente o dever de fundamentação das decisões judiciais no art. 93, IX, segundo o qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. A exigência de fundamentação é esmiuçada, quanto à esfera eleitoral, no CPC, o qual se aplica subsidiariamente ao CE⁵¹⁹, como determina o art. 15 do CPC e a Resolução 23.478⁵²⁰ do TSE.

O art. 489 do CPC exige do decisor determinados comportamentos que encontram guarida na teoria de argumentação de MacCormick e Alexy. No *caput* assevera-se que são elementos essenciais da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. O

⁵¹⁹ MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; ALMEIDA, J. T. O CPC/2015 e sua aplicação subsidiária e suplementar ao processo judicial eleitoral. **Revista de Estudos Eleitorais**, v. 2, n. 3, p. 55–67, 2018.

⁵²⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.748**. Estabelece diretrizes para a aplicação do Novo Código de Processo Civil no âmbito da Justiça Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-478-de-10-de-maio-de-2016-2013-brasilia-2013-df>. Acesso em: 04 ago. 2021.

§ 1º e seus incisos determinam que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O inciso I exige o uso de silogismo com explicitação de premissas; o II, a obediência à passagem gradual da norma abstrata para a concreta; o III corresponde à consistência lógica; o IV à regra do discurso geral de acordo com a qual “todo falante deve, se lhe é pedido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação” e à saturação. O V novamente demanda a necessidade de explicitação de premissas e de passagem gradual da norma abstrata à concreta. E o VI concretiza a exigência da coerência, da consistência e do uso adequado dos precedentes. Todos esses elementos encontram-se ou na teoria de MacCormick (I, III, VI), ou na de Alexy (I, II, IV, V, VI).

Ainda quanto às exigências de MacCormick, as consequências jurídicas passaram a necessariamente ter que ser analisadas nas decisões judiciais a partir da inserção dos arts. 20 e 21 na LINDB pela Lei 13.655/2018⁵²¹. Eis os dispositivos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

⁵²¹ BRASIL. **Lei 13.655, de 25 de abril de 2019**. Inclui no Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em 03 mar 2021.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

A Lei 13.655 entrou em vigor apenas em 26 de abril de 2018. Somente seis das decisões que analisamos foram proferidas após essa data, as de números 0601779-05.2018.6.00.0000, 0601851-89.2018.6.00.0000, 1804402-01.4624.0.00.0000, 0601423-80.2018.6.01.0000 e 0000009-47.2015.6.03.0000. Dessas, apenas a 0601779-05.2018.6.00.0000 e a 0601423-80.2018.6.01.0000 trataram de consequências normativas. Não é possível dizer que as normas foram desrespeitadas, afinal, os pressupostos fáticos para a análise das consequências, segundo os arts. 20 e 21, são, respectivamente: a) que haja julgamento com valores jurídicos abstratos; b) que seja decretada a nulidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Nenhum dos dois pressupostos se fez presente. Os diplomas não foram anulados e as decisões não se basearam em valores abstratos.

Para que se aplique tanto o art. 20 quanto o art. 21, é preciso que a invalidade do ato seja reconhecida. Diz-se válido o ato jurídico cujo suporte fático concretizou-se perfeitamente⁵²². Se algum elemento nuclear do suporte fático estiver ausente, ou caso algum elemento negativo do suporte fático esteja presente, o sistema jurídico o tem como ilícito e lhe impõe a sanção de invalidade⁵²³.

A fim de que o político exerça mandato é preciso que tenha o registro de candidatura deferido; que vença as eleições; que seja diplomado; e, finalmente, que seja empossado. Logo: a cassação envolverá o reconhecimento de vício num desses quatro atos jurídicos: registro, votação, diplomação e posse. Na decisão afirma-se a invalidade de algum desses atos jurídicos. A votação obtida por abuso de poder, por exemplo, é viciada porque está presente um elemento negativo do suporte fático: o próprio abuso.

Essencial, assim, para que haja necessidade de se analisar consequências na seara eleitoral, que uma das ações que possam gerar o afastamento do mandato seja julgada procedente. Dentre as destacadas, apenas a de número 0601423-80.2018.6.01.0000 o foi, e nela as consequências foram examinadas. Vale lembrar que nos termos do art. 224, § 3º do CE, a decisão

⁵²² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39

⁵²³ *Idem, ibidem.*

da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados. A consequência jurídica e prática - a realização de outras eleições - portanto, da decisão de procedência citada, já está prevista no ordenamento, desde que uma condicionante ocorra: o seu trânsito em julgado

No que toca às eleições proporcionais, a jurisprudência do TSE⁵²⁴ estabelece como consequência a atribuição dos votos à sigla partidária para o candidato que disputou a eleição com o registro deferido. Ante o teor do art. 20 e 21, deverá o TSE reconhecer consequências quanto às decisões que cassam mandatos a depender do cargo em disputa e a situação do candidato no momento da eleição. Os que as disputarem sem o registro deferido não terão os votos transferidos à sigla partidária nas eleições proporcionais.

Como se vê, a dificuldade notada para aplicação dos arts. 20 e 21 a outros campos do direito, como o ambiental, não se faz presente na seara eleitoral. Nela é muito mais simples o exercício de se prever as consequências, pois não há espaço para juízo prospectivo que não envolva a normatividade. É exatamente isso que defende MacCormick quanto ao consequencialismo. Para ele, em qualquer dilema, todo responsável pela decisão deve olhar para escolha diante dele em termos de suas consequências legais para o sistema jurídico⁵²⁵. Para o Direito Eleitoral, as consequências jurídicas e práticas da cassação de mandato já estão determinadas pelo ordenamento.

Vistas as normas do ordenamento que tratam da racionalidade – afinal, como dito, essa dependerá do ordenamento em que inserida – passemos a examinar dados nascidos da análise dos acórdãos do TSE. Começemos pelo resultado neles afirmado quanto à condenação ou absolvição.

⁵²⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso em Mandado de Segurança 060153871**. O processo eleitoral segue a disciplina da Resolução do TSE 23.456 /2015, a qual, em seu art. 145, § 2º, II, dispõe que "os votos dados a candidato que concorra nas eleições proporcionais e cujo registro tenha sido deferido, porém posteriormente cassado por decisão em ação autônoma, serão contados para o partido, caso o acórdão condenatório seja publicado depois das eleições". 2. Inteligência do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, conforme compreensão jurisprudencial então firmada no Tribunal Superior Eleitoral. Considerado o pleito de 2016, a determinação de retotalização mediante anulação dos votos atribuídos ao candidato cassado cujo registro estava deferido na data da eleição, sem o cômputo para a respectiva sigla, é ilegal. Relator: Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, 25 de setembro de 2020.

⁵²⁵ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005, p. 102.

6.1 Do resultado dos julgamentos

A seguir, tabela compilando os resultados por processo. Na coluna da esquerda, o número dos autos. Na direita, os cargos dos envolvidos (ou aquele ao qual almejavam) e se a ação foi julgada procedente ou não:

Autos	Cargos e resultado
0601779-05.2018.6.00.0000	Jair Bolsonaro e Antonio Mourão, Presidente e vice-presidente. Absolvição.
0000010-32.2015.6.03.0000 e outro	Deputado estadual e prefeito Mira Rocha e Robson Rocha: condenação. Deputado federal Marcos Reategui: Absolvição.
0601851-89.2018.6.00.0000	Candidatos a Presidente e vice-presidente Fernando Haddad e Manoela D'Ávila. Absolvição.
1804402-01.4624.0.00.0000	Deputado Estadual Jailson Lima da Silva. Absolvição.
0601423-80.2018.6.01.0000	Juliana Rodrigues, deputado estadual, e Manoel Mesquita, deputado federal. Condenação.
0000009-47.2015.6.03.0000	Antônio Waldez, Edna Auzier e Vinícius Gurgel, -Governador, Deputada Estadual e Deputado Federal, respectivamente. Absolvição.
0002250-28.2014.6.03.0000 e outro	Deputado estadual e prefeito Mira Rocha e Robson Rocha: condenação. Deputado federal Marcos Reategui: Absolvição.
0000005-36.2015.6.20.0000	Deputado federal Antonio Jácome de Lima Júnior absolvido
0042232-85.2008.6.20.0000	Prefeito de Frutuoso Gomes Lucídio Jácome Ferreira e sua vice Maria Vera Lúcia Rodrigues de Oliveira condenados.
0003230-08.2010.6.14.0000	Paulo Sérgio Souza, deputado estadual. Condenação.
9998976-14.2008.6.13.0000	Prefeita de Monte Santo Sandra Aparecida Cecílio da Silva e José Manoel de Pádua, e vice-prefeito. Condenação.
0000938-87.2010.6.27.0000	Governador de Tocantins Carlos Henrique Amorim. Condenação.
Recurso Ordinário 1635 Natal/RN	Joacy Pascoal do Nascimento, suplente de deputado federal. Condenação.
00002622-47.2010.6.27.0000	Amália Maria Santana da Silva. Deputada estadual. Absolvição.
Recurso Ordinário 1540/PA.	Durbiratan de Almeida Barbosa, suplente de Deputado Estadual. Absolvição.
Recurso Ordinário n. 1679/TO	Paulo Roberto Ribeiro deputado estadual. Absolvição
0000151-69.2014.6.00.000/TO	José Genaldi Ferreira Zumba e José Florência Costa Filho Prefeito e vice de São João. Absolvição
Chapa Dilma-Temer	Dilma Rouseff e Michel Temer, Presidente e vice-presidente. Absolvição.

De acordo com a tabela, Gilmar Mendes estava correto ao dizer que o Tribunal é mais duro com os cargos menos relevantes. No total, foram julgadas 30 pessoas. Dessas, 19 foram absolvidas e 11 condenadas. Temos, portanto, um percentual de 36,66% de procedência das ações que buscam cassar mandatos. Para a chapa presidencial, esse percentual é de 0%. Para a de deputado federal, de 20%. Para deputado estadual, 50%. Para prefeito, houve 5 condenados e dois absolvidos, o que corresponde a um índice de 71,43% de procedência. Houve um caso de governador de estado da periferia econômica do país julgado: o de Tocantins, que acabou cassado. Quanto aos suplentes, o de deputado federal foi condenado foi e o de deputado estadual, absolvido.

Como o TSE se comportou em relação aos critérios de MacCormick e Alexy de racionalidade?

Foram estudadas as fundamentações de 18 acórdãos. Esclareça-se que na análise foram deixados de lado critérios que não serviriam como elemento distintivos por estarem

intrinsecamente presentes na maneira pela qual as decisões são proferidas como: a) o uso do voto majoritário para solucionar os conflitos; b) a exigência que num debate judicial o falante fundamente o que afirma e suas variações, como a necessidade de que quem introduza no discurso manifestação sobre argumentos anteriores deve fundamentá-la, assim como quem ataca norma que não é objeto de discussão; c) a exigência de que todo participante possa tomar parte do discurso e que possa a qualquer momento utilizar-se de diferentes discursos.

Relembremos, agora, como foram agrupados os argumentos de MacCormick e de Alexy. Os daquele, foram reunidos em quatro categorias: a) tópicos de conteúdo da decisão; b) tópico de estrutura lógica da decisão: apresentação do raciocínio por meio de silogismos, correspondente ao número; c) tópico de tipos de argumentos formulados para defender o conteúdo da decisão; d) tópico de saída procedimental para o caso de restar, ao final, mais de uma proposição aplicável. Os de Alexy obedeceram à seguinte classificação: a) tópicos de conteúdo da decisão; b) tópico de estrutura lógica da decisão; c) tópicos de clareza; e d) tópicos de regras de participação dos falantes.

Ver-se-á que considerados os critérios de Alexy e MacCormick, nenhuma decisão das examinadas seria racional. Será, de fato, que tal conclusão é razoável? Em outros termos, está ela considerando os fatores relevantes e dando-lhes o peso correto?

Nas tabelas a seguir as colunas correspondem aos critérios que foram destacados nos itens relativos aos julgados. Havendo o cumprimento dele, coloca-se “sim”. Não havendo, “não”. Foram selecionados os critérios exibidos nas análises feitas acima.

Autos	Uso de silogismos	Universalidade	Derrotabilidade	Transição entre discursos	Regras padrão
0601779-05.2018.6.00.0000	sim	sim	sim	sim	sim
0000010-32.2015.6.03.0000 e outro	sim	não	sim	sim	sim
0601851-89.2018.6.00.0000	sim	sim	sim	sim	não
1804402-01.4624.0.00.0000	não	não	sim	sim	não
0601423-80.2018.6.01.0000	sim	sim	sim	sim	sim
0000009-47.2015.6.03.0000	sim	não	sim	sim	sim
0002250-28.2014.6.03.0000 e outro	sim	sim	sim	sim	sim
0000005-36.2015.6.20.0000	sim	sim	sim	sim	não
0042232-85.2008.6.20.0000	sim	sim	sim	sim	sim
0003230-08.2010.6.14.0000	Sim	não	sim	sim	não
9998976-14.2008.6.13.0000	sim	sim	sim	sim	sim
0000938-87.2010.6.27.0000	sim	sim	sim	sim	sim
Recurso Ordinário 1635 Natal/RN	sim	sim	sim	sim	sim
00002622-47.2010.6.27.0000	sim	sim	sim	sim	sim
Recurso Ordinário 1540/PA.	sim	sim	sim	sim	sim
Recurso Ordinário n. 1679/TO	sim	sim	sim	sim	sim
0000151-69.2014.6.00.000/TO	sim	não	sim	sim	sim
Caso Dilma-Temer	não	não	não	sim	Sim

Autos	Progressivo caminhar	Explicitação de premissas	Dogmática	Saturação	Cânones de interpretação
0601779-05.2018.6.00.0000	sim	Sim	sim	não	sim
0000010-32.2015.6.03.0000 e outro	sim	não	sim	não	não
0601851-89.2018.6.00.0000	não	não	sim	não	não
1804402-01.4624.0.00.0000	não	não	sim	não	não
0601423-80.2018.6.01.0000	sim	sim	sim	não	sim
0000009-47.2015.6.03.0000	não	não	sim	não	não
0002250-28.2014.6.03.0000 e outro	sim	sim	sim	não	não
0000005-36.2015.6.20.0000	sim	sim	sim	não	não
0042232-85.2008.6.20.0000	sim	sim	sim	sim	não
0003230-08.2010.6.14.0000	não	não	sim	não	não
9998976-14.2008.6.13.0000	sim	sim	sim	não	não
0000938-87.2010.6.27.0000	sim	sim	não	sim	sim
Recurso Ordinário 1635 Natal/RN	não	sim	sim	Sim	não
00002622-47.2010.6.27.0000	sim	não	sim	não	não
Recurso Ordinário 1540/PA.	sim	sim	sim	não	sim
Recurso Ordinário n. 1679/TO	sim	sim	sim	não	não
0000151-69.2014.6.00.000/TO	não	não	sim	não	não
Caso Dilma-Temer	não	não	Sim	não	não

Autos	Contradições	Coerência	Razoabilidade	Argumentação jurídica	Sinceridade
0601779-05.2018.6.00.0000	sim	sim	sim	sim	sim
0000010-32.2015.6.03.0000 e outro	sim	não	sim	sim	sim
0601851-89.2018.6.00.0000	não	sim	sim	sim	sim
1804402-01.4624.0.00.0000	não	sim	sim	sim	sim
0601423-80.2018.6.01.0000	sim	não	não	sim	sim
0000009-47.2015.6.03.0000	não	sim	sim	sim	sim
0002250-28.2014.6.03.0000 e outro	sim	sim	sim	sim	sim
0000005-36.2015.6.20.0000	não	sim	não	sim	sim
0042232-85.2008.6.20.0000	não	sim	sim	sim	sim
0003230-08.2010.6.14.0000	sim	sim	sim	sim	sim
9998976-14.2008.6.13.0000	não	sim	sim	sim	sim
0000938-87.2010.6.27.0000	não	sim	sim	sim	sim
Recurso Ordinário 1635 Natal/RN	não	sim	sim	sim	sim
00002622-47.2010.6.27.0000	não	sim	sim	sim	sim
Recurso Ordinário 1540/PA.	não	sim	sim	sim	sim
Recurso Ordinário n. 1679/TO	não	sim	sim	sim	sim
0000151-69.2014.6.00.000/TO	não	sim	não	sim	sim
Caso Dilma-Temer	sim	não	não	sim	não

Em todos os julgados, com exceção de dois, respeitou-se a regra contida no tópico de estrutura lógica da decisão, o que significa que foi prestigiada a justificação interna graças à apresentação de argumentos por meio de silogismos. Nesses as premissas maiores correspondiam às normas e as menores aos fatos. No julgamento da chapa Dilma-Temer (item.5.3.5) as omissões quanto às premissas menores e maiores são tamanhas que a construção aplicada é incompatível com o silogismo, como explicado no tópico anterior. Diga-se o mesmo em relação aos autos 0033230-08.2010.6.15.0000 (item 5.3.3.2), em que se discutiu o abuso de poder na Superintendência Federal de Pesca e Aquicultura do Estado do Pará. Nota-se, portanto, que 90% dos julgados cumpriram o critério da estrutura lógica.

Somente em três dos 18 julgados houve ofensa à universalidade defendida tanto por MacCormick como Alexy e incluída no tópico de exigências sobre o conteúdo da decisão. Os ofensas nasceram de: a) diferenças de tratamento entre deputado federal e estadual no mesmo

caso (autos 000010-32.2015.603.0000 julgado conjuntamente com os autos 0002227-82.2014.6.03.0000 – tópico 5.3.1.2); b) aplicação de alguns precedentes já superados pelo tribunal ao caso concreto, no que toca à presença de potencialidade para configuração do abuso (autos 0000009-47.2015.6.03.0000 – tópico 5.3.2.2), e uso de outros que não tinha relação com os fatos apurados; c) diversidade de tratamento quanto à admissão de provas no mesmo caso, dando-se um destino a elas no julgamento do agravo e outro ao julgar o mérito (item 5.3.5 – julgamento da chapa Dilma-Temer).

A derrotabilidade, também incluída nos argumentos relativos ao conteúdo da decisão, foi respeitada em todos os casos, com exceção do caso Dilma-Temer. No acórdão destacado, o resultado, considerando-se o voto de Napoleão Maia, já havia sido predeterminado no momento do julgamento do AgRg que permitiu o prosseguimento da instrução. Nele, de acordo com Napoleão Maia e Gilmar Mendes, havia se estabelecido que as ações que seriam julgadas não gerariam cassação e seu trâmite serviria somente para investigar a maneira de financiamento das eleições presidenciais.

A possibilidade de transição entre os discursos não encontrou óbice em nenhum julgado. Idem para a argumentação jurídica.

Falha quanto à sinceridade foram constatados somente no julgamento da Chapa Dilma-Temer, ante o risco à imparcialidade daqueles que precisaram decidir sobre a perda de mandato de quem os indicou ao tribunal num espaço curtíssimo de tempo - menos de dois meses - entre a indicação e o julgamento.

Nota-se preocupação do tribunal quanto à fixação de regras padrão (apenas três decisões desrespeitaram o requisito) e respeito à dogmática (em todos os casos ela se fez presente), com destaque para o uso de precedentes: em 83% dos julgados citou-se alguma jurisprudência. Lembremos que para Alexy o uso de precedentes faz parte do conjunto de argumentos especificamente jurídicos. Em três julgados, porém, aplicaram-se precedentes que não tinham qualquer relação com os casos em debate.

Constatou-se o uso de doutrina em 9 casos; argumento transcategorico em 7 acórdãos; argumento *a contrario sensu* em dois, e sistêmico, em outros dois.

Quanto aos cânones de interpretação, há um déficit bastante significativo. Em apenas 4 julgados eles foram utilizados. Numa oportunidade, usou-se a interpretação histórica; em três, a

sistemática; e em outras três a teleológica. Em três dos quatro casos mais de um cânone interpretativo foi aplicado.

Ainda no tópico relativo ao conteúdo, o requisito do progressivo caminhar entre as etapas argumentativas foi desrespeitado em sete ocasiões, uma a menos que o da explicitação das premissas, ofendido por 8 vezes. Já a razoabilidade foi desrespeitada em 4 casos nos quais os julgadores ignoraram fatos relevantes e deu-se peso excessivo a outros de menor relevância.

Os julgadores se contradisseram em cinco dos julgados, o que agride a exigência do tópico relativo à participação do falante, e, indiretamente, a clareza. Destaque aqui, novamente, para o caso Dilma-Temer, em que o mesmo tribunal teve posturas opostas quanto à admissão de prova num AgRg e no julgamento de mérito.

É nos critérios de clareza que aparecem as maiores distinções entre o comportamento do TSE e o que se exige por Alexy e MacCormick. Em somente três casos as regras de saturação e de progressivo caminhar entre as normas abstratas e aplicação no caso concreto foram obedecidas. Quanto à explicitação de premissas, em 08 acórdãos o TSE a ignorou.

Há um padrão em relação à clareza. São comuns as falhas de saturação em relação a conceitos de uso frequente como litispendência e exigências de fundamentação quanto à quebra de sigilo fiscal e bancário. Exemplos disso se viu nos autos 0601779-05.2018.6.00.0000(item 5.3.1.1), 0000010-32.2015.6.03.0000 526(item e 5.3.1.2) e quanto à mitigação do sigilo na decisão dos autos 0601851-89.2018.6.00.000.0. Ao que tudo indica, a recorrência do tema faz o tribunal afrouxar as exigências quanto à fundamentação. Quando a recorrência se dá nos mesmos autos, como ocorre no julgamento de AgRg, tal afrouxamento é bastante nítido. É o que se viu nos autos 9998976-14.2008.6.13.0000 (item 5.3.3.3), em que Gilmar Mendes inicia o voto retomando os argumentos de Marco Aurélio, para quem deveria ser negado seguimento ao REsp por conta do “óbice de reexame de fatos e provas nesse instrumento recursal”. Não se fez referência, aqui, à lei, súmula ou precedente sobre o ponto.

Também comum a falta de saturação nos casos em que há absolvição. Em todos ela foi notada. Quanto aos acórdãos em que os réus foram condenados, em três dos cinco a saturação foi obedecida. Parece claro que o tribunal preocupa-se muito mais com a clareza quando decide cassar um mandato do que quando opta por outro caminho.

⁵²⁶ *Ibidem.*

Quanto à explicitação de premissas nos 7 casos em houve condenação, em cinco ela foi notada. Dos 11 julgados improcedentes, o requisito foi obedecido em 5. A diferença percentual é marcante: 71,42% x 45,45%.

Em relação às consequências normativas, remetemos ao leitor para o início desse tópico. Acrescente-se que o julgamento da chapa Dilma-Temer foi proferido antes da Lei 13.165/18, e ainda assim consequências foram citadas, ainda que equivocadamente. Gilmar Mendes mencionou que, fosse adotada a tese do Relator originário, Herman Benjamin, todos os atos subscritos por Dilma Rousseff deveriam ser anulados, inclusive a nomeação de Ministros do STF, como Rosa Weber.

6.2 Da impossibilidade de que toda as decisões da justiça eleitoral sejam consideradas irracionais. A racionalidade da justiça eleitoral. Elementos que amplificariam a racionalidade. Teoria de argumentação brasileira: um projeto viável?

Como mostram as tabelas, nenhum julgado preencheu os requisitos de Alexy e MacCormick. São irracionais por conta disso? Evidente que não. Há uma racionalidade própria do TSE e que leva em conta o que se exige no ordenamento brasileiro e o norte determinado pela jurisprudência. Tendo em conta o modelo de Alexy e MacCormick, parece claro ser as teorias deles exigente demais, já que nenhuma das decisões estudadas conseguiu cumprir os requisitos delas. Os requisitos de racionalidade de Alexy e MacCormick não são os melhores parâmetros – uma vez que nenhuma decisão estudada os preencheu - mas ainda assim é possível usá-los como norte para abrir caminho para uma teoria menos exigente da racionalidade compreendendo os padrões decisórios que já existem nos tribunais.

Está claro na racionalidade da Justiça Eleitoral que os cargos considerados de menor importância – o que pode ser traduzido em tamanho da circunscrição eleitoral e do montante de votos envolvido – são cassados com mais facilidade do que os outros. O Tribunal se dá essa liberdade e alguns Ministros, como fizeram Gilmar Mendes e Napoleão Maia, reconhecem-na expressamente: ambos afirmaram, no julgamento da Chapa Dilma-Temer, que não se deveria cassar a chapa presidencial, mas utilizar os autos para estudar o que havia acontecido no financiamento das campanhas.

Como o tribunal se dá essa margem? Há algumas alternativas: umas que diminuam o arbítrio – que é o objetivo de toda racionalidade – e outras que o aumentam. Dentre aquelas está o uso de valores postos na legislação, como a gravidade ou a proporcionalidade; dentre essas, a ofensa à saturação, a omissão de premissas, o ignorar a existência de risco de conflito de interesse, o desrespeito à universalidade, a contradição no mesmo processo, e a forma de uso de precedentes.

Mesmo nesse quadro em que se nota uma racionalidade própria do TSE, é possível tornar os julgamentos mais racionais, diminuindo o nível de arbítrio? Pensemos em instrumentos, levando em conta a doutrina de MacCormick e Alexy, que poderiam diminuí-lo. Estamos com Adeodato, o qual, ao criticar o ativismo jurídico, assevera que quem decide “não é livre de constrangimentos”⁵²⁷. Acrescente-se que não se concebe que a autonomia da experiência jurídica seja absoluta, um retorno à filosofia de cunho metafísico⁵²⁸. Na teoria da argumentação, valores unem-se ao Direito a partir da justificação. Afinal, a argumentação jurídica se caracteriza pela “vinculação ao direito vigente”⁵²⁹

Relembremos que o objeto da teoria da argumentação é o “estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento”⁵³⁰. O que poderia ser feito para alcançar esse objetivo, à luz da doutrina de MacCormick e Alexy, levando em conta ainda conceitos de racionalidade dos principais teóricos que os inspiraram, respectivamente Adam Smith e Habermas.

Começamos pela redução do risco de falta de sinceridade nascida do fato de que recém nomeados pelo presidente em exercício poderão julgá-lo. Nomeado e nomeante compartilharão paixões. O juiz, que deveria ser espectador do conflito, para utilizar expressão de Adam Smith, acaba compartilhando a paixão de quem dele participa, a qual lhe parecerá sempre justa e própria.

In verbis:

⁵²⁷ ADEODATO, João Maurício. Norma jurídica como decisão dotada de efetividade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 15, n. 106, p. 307-335, jun./set. 2013, p. 332. Disponível em:

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/15>. Acesso em: 02 jan. 2019.

⁵²⁸ Como disse Habermas em relação a essa, “ao objetivo de uma análise formal das condições de racionalidade não se deixam associar esperanças ontológicas por teorias materialmente substanciais sobre a natureza, a história, a sociedade etc.” (HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Sorthe. São Paulo: Editora WMP Martins Fontes, 2012, p. 23)

⁵²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 204.

⁵³⁰ PERELMAN, Chäim; OLBRECHT-STYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 32.

Quando as paixões da pessoa a quem principalmente concernem estão em perfeita consonância com as emoções solidárias do espectador, necessariamente parecem a este último justas e próprias, adequadas aos seus objetos; e ao contrário, quando, colocando-se no lugar dele, descobre que não coincidem com o que se sente, necessariamente lhes parecem injustas e impróprias, inadequadas às causas que as suscitam. Portanto, aprovar as paixões de um outro como adequadas a seus objetos é o mesmo que observar que simpatizamos inteiramente com elas; e não aprová-las como tal é o mesmo que observar que não simpatizamos inteiramente com elas. O homem que se ressentiu das ofensas que lhe infligiram, e nota que se ressente exatamente da mesma maneira que ele, necessariamente aprova seu ressentimento. O homem cuja simpatia tem o mesmo ritmo da minha dor só pode admitir que minha infelicidade é sensata⁵³¹.

Para evitar que paixões sejam compartilhadas e que portanto a derrotabilidade seja uma ilusão – já que o resultado do julgamento já será conhecido de antemão – deve-se evitar que o recém-nomeado julgue o nomeador. O advogado nomeado pelo Presidente da República para compor o TSE deveria ser impedido de julgá-lo, se não até o fim do mandato, ao menos pelo prazo já imposto de quarentena para juízes atuarem nas suas cortes de origem: três anos, nos termos do art. 95, V, da CF/88, o qual veda ao juiz "exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração". Note-se que a legislação eleitoral – art. 3º da LC 64/90 - estabelece prazo de 4 anos de impedimento para membro do MP que disputou cargo eletivo, integrou diretório de partido ou exerceu atividade político-partidária oferecer ação de impugnação de registro de candidatura. Não seria nenhuma novidade, portanto, a legislação restringir subjetiva e temporalmente a atuação de agente da justiça eleitoral.

Vamos a um outro elemento que poderia reduzir a irracionalidade: a postura do TSE quanto aos precedentes. Para a racionalidade do tribunal, há claramente hierarquia entre argumentos jurídicos. Sem dúvida, para o TSE o argumento jurídico mais importante são seus próprios precedentes. Não fosse assim, por que razão seriam citados em quase todos os acórdãos? A doutrina o foi em somente metade deles. Em ordem de frequência, apareceram ainda o argumento transcategorico (mencionados oito vezes), os cânones de interpretação (referidos em quatro ocasiões), a analogia (levantada em duas ocasiões), e as formas especiais de argumentação jurídica – mais especificamente o argumento a *contrario* - trazida à pauta somente em uma única oportunidade.

⁵³¹ SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**. Tradução de Lya Luft. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 15.

Embora os precedentes tenham imensa importância, o tribunal, por duas vezes, utilizou-os de maneira incoerente. Foram citados precedentes que não tinham qualquer relação com os fatos em julgamento como nos autos 0000009-47.2015.6.03.0000 (item 5.3.2.2) ou que já haviam sido claramente superados por outros, como nos autos 0002250-28.2014.6.03.0000 (item 5.3.2.3). Há duas maneiras de se combater isso. A primeira é permitir que o advogado em sessão levante, como questão de ordem, o uso incoerente de precedentes. Da mesma maneira que se permite ao advogado fazê-lo para esclarecer matéria de fato, permitir-se-ia o uso do instrumento para auxiliar o tribunal a julgar com maior qualidade. A segunda é estender o alcance dos EDcl para que o uso errado dos precedentes fosse considerado omissão ou contradição que pudesse ser combatida pelos embargos.

Passemos à omissão de premissas e à ofensa à saturação. Ambos são vícios que podem ser considerados abarcados no art. 489, § 1º, do CPC, já citado acima, o qual traz rol de hipóteses em que não se considera fundamentada a decisão. De seu turno, o art. 1022, parágrafo único, determina que se considera omissa toda decisão que incorrer em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. Cabem, contra a omissão, EDcl segundo o “*caput*” do art. 1022. A primeira providência a tomar, portanto, diante dos instrumentos já vigentes, é utilizá-los. Cabe às partes provocar a corte sempre que se notarem omissões quanto à saturação e à explicitação de premissas. Note-se que enquanto o inciso II do art. 1022 se refere à vício apenas quanto a ponto ou questão, o parágrafo primeiro não faz essa restrição. Assim, qualquer que seja a argumentação utilizada, se falha quanto aos vícios aqui tratados, cabíveis os embargos.

Ademais disso, pode-se utilizar a colegialidade a favor da racionalidade. Bastaria considerar omissa decisão de órgão colegiado que deixar de se manifestar sobre tese levantada em voto divergente. Veja-se que tal providência também serviria a restringir a faculdade hoje existente do Relator designado ignorar completamente o que o Relator originário afirmou em seu voto como premissa para sua conclusão. Eis o que aconteceu no caso Dilma-Temer. As premissas fáticas – e jurídicas – são tão distintas entre os votos de Herman Benjamin e de Napoleão Maia que pareciam tratar de processos diversos. Sabe-se que o contexto ideal de fala, concepção de Habermas, nunca estará presente, em especial no discurso jurídico, como destaca Alexy. No entanto, é possível incrementar a participação das partes no discurso – e a racionalidade – com uma providência simples: fazendo-os falar com voz dos vencidos, em especial do Relator, o qual presume-se ter se debruçado por mais tempo sobre o caso. Se ao juiz, consoante o art. 489, IV, do

CPC, obriga-se a enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, como não considerar as premissas levantadas por Relator vencido como componentes desse rol? Reconhece-se a necessidade de mudança normativa ou, ao menos, jurisprudencial sobre o tema.

Mais uma medida, dessa vez para impedir o desrespeito à universalidade e a contradição no mesmo processo, é criar regra de preclusão “*pro judicato*” quanto à decisão tomada em AgRg que trata de instrução/matéria processual. No curso do processo que julgou supostos abusos da chapa Dilma-Temer, proveu-se um AgRg⁵³² para determinar o regular prosseguimento da AIME. A Relatora originária, Min. Maria Thereza, foi vencida e a Relatoria passou a Gilmar Mendes. Com o agravo se permitiu a instrução e a consequente produção de provas que foram pela corte, durante o julgamento das ações, consideradas ilícitas e por isso excluídas da apreciação. O Relator Herman Benjamin ainda levantou a tese de preclusão “*pro judicato*” quanto ao decidido no agravo, mas foi ignorado pelos demais.

Partindo para o término do trabalho, vimos que considerados os critérios de Alexy e MacCormick, nenhuma decisão das examinadas seria racional. Será, de fato, que tal conclusão é razoável? Em outros termos, está ela considerando os fatores relevantes e dando-lhes o peso correto? Fossem todas as decisões do TSE irracionais, os profissionais que com ele atuam e as partes que nele litigam teriam a postura de aceitação que ostentam hoje? O grau de oposição dos representantes políticos ao TSE não seria maior, fosse reconhecida tamanha irracionalidade? Como já demonstrado, todo modelo de racionalidade argumentativa depende do auditório em que se desenvolve. Isso porque, esclarece Adam Smith, inspiração de MacCormick, há um elã comum aos integrantes de uma sociedade quanto à apreciação das faculdades do outro, inclusive às de julgamento. Diz Smith que:

Toda faculdade de um homem é a medida pela qual ele julga a mesma faculdade em outro; julgo sua visão por minha visão, seu ouvido por meu ouvido, sua razão por minha razão[...], seu ressentimento por meu ressentimento, seu amor por meu amor. Não posso nem posso possuir nenhum outro modo de julgá-las⁵³³.

⁵³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo 7-61.2015.6.00.0000/DF**. Se os fatos articulados na inicial vierem acompanhado de conjunto probatório mínimo, mesmo que indiciário, inclusive com decisões do TSE que reconheceram ilícitos eleitorais e indícios de irregularidade no bojo da prestação de contas da campanha dos investigados, há sérios indícios que justificam a regular instrução da ação, em especial na presença de e os fatos amplamente noticiados que dão substância à imputação. Relator: Min. Gilmar Mendes, 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469043709/agravo-regimental-em-acao-de-impugnacao-de-mandato-eletivo-aime-76120156000000-brasilia-df/inteiro-teor-469043729> Acesso em: 06 mar. 2022.

⁵³³ SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**. Tradução de Lya Luft. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 18.

Logo, mudando-se a sociedade, muda-se o que há em comum. Assim, o que se considera mal fundamentado num ambiente não o é necessariamente num outro. Em que medida o discurso da justiça eleitoral é bem fundamentado? Se pela doutrina de Alexy e MacCormick nunca o é – já que nenhuma decisão estudada preencheu todos os requisitos por eles elencados - pode-se afirmar que esses dois autores não são os melhores parâmetros. Ainda assim é possível usá-los como norte para abrir caminho para uma teoria menos exigente da racionalidade compreendendo os padrões decisórios que já existem nos tribunais. A teoria da racionalidade eleitoral pode ser menos ambiciosa e talvez mais adequada para o caso específico brasileiro.

Não se espera que uma teoria da argumentação brasileira nova seja apresentada, mas é possível apontar caminhos – inclusive normativos - e deixar o aprofundamento para trabalhos posteriores. Pode-se apontar instrumentos de pressão para melhoria e identificar os impedimentos ao desenvolvimento da racionalidade. Pode-se trabalhar com modelo de racionalidade mais fraco que seja inspirado em Alexy e MacCormick e fazer conexões interessantes com as teorias deles que podem ajudar a sofisticar algumas coisas na justiça eleitoral. Ao se fazer isso, já se apontarão caminhos relevantes.

Esse quadro leva à conclusão de que há, em verdade, uma racionalidade própria na justiça eleitoral. Uma teoria da argumentação que trate dela pode ser menos ambiciosa que a dos dois autores utilizados como referência nessa tese, para os quais todas as decisões da justiça eleitoral seriam irracionais.

Como se viu, nessa racionalidade, não há vício à universalidade ou à generalizabilidade quando se exige mais para a cassação de cargo de presidente da República do que para cassar um prefeito. Nessa racionalidade, tolera-se quase que abandonar o uso de doutrina ou cânones interpretativos em benefício de jurisprudência.

Nessa teoria, tendo em vista o resultado da análise das decisões do TSE, seria possível agrupar critérios da racionalidade também em quatro grupos, como MacCormick e Alexy : a) tópico de estrutura lógica da decisão; b) tópicos de conteúdo da decisão; c) tópicos de clareza; d) tópicos de regras de participação dos falantes. Como não é objetivo desse texto desenvolver a fundo nenhuma teoria da argumentação brasileira, a título exemplificativo poderíamos tratar de componentes desses tópicos. Quanto ao primeiro tópico, a opção, como se viu em quase 100% dos casos, é pelo silogismo. Quanto ao segundo e terceiro, muito de seu conteúdo estão nas regras

regedoras da matéria a ser contida nas sentenças, nos tipos de argumento jurídicos utilizados, nas que normas tratam das hipóteses de cabimento dos EDcl e na maior tolerância à saturação. Em relação às peculiaridades da teoria de argumentação jurídica na justiça eleitoral, ficou bastante evidente que se dá peso significativo à dogmática e, dentro dela, à jurisprudência. Terá mais sucesso ao litigar no TSE o profissional que souber manejar melhor a jurisprudência do que aquele versado na doutrina ou nos cânones interpretativos. No último tópico, estariam as regras procedimentais dos momentos e formas de manifestação de partes e juízes, tolerando-se omissões desses em relação àquelas e deles em relação aos pares que não seriam toleradas nas teorias de Alexy e MacCormick.

Uma teoria de argumentação que levasse em conta as peculiaridades locais parece mais adequada para o caso específico brasileiro, não só para enxergar o que de fato nele é problemático, mas também para se apontem instrumentos de pressão para desenvolvimento da racionalidade na justiça eleitoral e vícios comuns em suas decisões. Aqui, para evoluirmos, é preciso não naturalizar falhas corriqueiras para o profissional do direito— como as contradições nos julgados — e incompreensíveis para quem não o é. Tanto só será alcançado se nos virmos, como nos ensina Smith, “não tanto sob a luz em que naturalmente nos mostramos a nós mesmos, mas sob a luz em que naturalmente nos mostramos aos outros”⁵³⁴. Como se viu, é possível trabalhar com modelo de racionalidade mais fraco que seja inspirado em Alexy e MacCormick e fazer conexões com as teorias deles que auxiliam a sofisticar a teoria da argumentação na justiça eleitoral.

⁵³⁴ *Idem*, p. 103.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AARNIO, Aulis. **Essays on the doctrinal study of law**. London: Springer, 2011.
- ADEODATO, João Mauricio. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ADEODATO, João Mauricio. Norma jurídica como decisão dotada de efetividade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 15, n. 106, p. 307-335, jun./set. 2013, p. 332. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/15>. Acesso em: 02 jan. 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374–384, dez. 1999.
- ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. Curitiba: Juruá, 2019.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2015.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da Argumentação Jurídica**. Tradução de Maria Cristian Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- AUSTIN, J. **How to do things with words**. London: Oxford University Press, 1962.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARROS, Francisco Dirceu. **Manual de prática eleitoral**. 2. ed. Leme: Editora J.H. Mizuno, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**: análise crítica da LC 105/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BETTI-RÜBINGER, Gabriel. Os critérios de avaliação das decisões judiciais segundo Neil MacCormik. In: ROESLER, C.; HARTMAN, F.; REIS, I. (Org.). **Retórica e argumentação jurídica**: modelos em análise. Curitiba: Alteridade, 2018.

BIAZEVIC, Juan. **O raciocínio jurídico de Neil MacCormick**: um estudo comparativo entre legal reasoning and legal theory e rhetoric and the rule of law. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 out. 2017.

BRASIL. **Decreto 91.450, de 18 de julho de 1985**. Institui a Comissão Provisório de Estudos Constitucionais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional 26, de 27 de novembro de 1985**. Convoca a Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRASIL. **Mensagem 48 com a Proposta de Emenda Constitucional 43/85**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/emenda.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2019.

BRASIL. Projeto Afonso Arinos. **Diário Oficial**, Brasília, 26 set. 1986. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. **Reunião de instalação da Subcomissão dos Direitos Políticos**, Brasília, Ata de reunião, 07 abr. 1987. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/ComESub.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BRASIL. **Lei 9.504/97, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9.504.htm. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. **Lei 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Altera a legislação eleitoral, em especial a Lei 9.504/97 e o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. **Lei 13.655, de 25 de abril de 2019**. Inclui no Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em 03 mar 2021.

BRASIL. **Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 1943582014**. Nos termos do art. 1.022 do CPC/2015, são cabíveis embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual deveria se pronunciar o juiz, de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material. A contradição que autoriza a oposição de embargos se verifica quando existem, na decisão, assertivas que se excluem reciprocamente ou quando, da fundamentação, não decorra a conclusão lógica. Não se enquadra como contradição, para os fins que se pretende, a divergência de entendimento verificada nos votos vencidos, que, superados pelo entendimento da maioria, não são hábeis a embasar o manejo de embargos. Conclui-se que o aresto combatido analisou, a questão controvertida, não havendo falar em omissão ou contradição. Os aclaratórios, no caso, não buscam a correção de eventual defeito do acórdão, mas a alteração do resultado do julgamento, providência inviável na via recursal eleita. 5. Embargos de declaração rejeitados. Relator: Min. Og Fernandes, 21 de setembro de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação Cautelar 189-47/RO**. O candidato supostamente beneficiado pelo abuso de poder é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de investigação judicial eleitoral, ainda que a conduta tida por abusivo não seja a ele atribuída. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 24 de novembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF**. A “marcha da maconha” constitui manifestação legítima por cidadãos da república de dois direitos fundamentais: o direito de reunião e o direito à livre expressão do pensamento. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de maio de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1082/DF**. São constitucionais os artigos 7º, parágrafo único, e 23 da Lei Complementar 64/90, sobre a atuação do juiz a quem é permitido formar convicção atendendo a fatos e circunstâncias constantes do processo, ainda que não arguidos pelas partes, e a considerar fatos públicos e notórios, indícios e presunções, mesmo que não indicados pelos envolvidos na demanda. Relator: Min. Marco Aurélio, 30 de outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3592**. As sanções de cassação do registro ou do diploma previstas pelo art. 41-A da Lei 9.504/97 não constituem novas hipóteses de inelegibilidade. A representação para apurar a conduta prevista no art. 41-A da Lei 9.504/97 não implica a declaração de inelegibilidade, mas apenas a cassação do registro ou do diploma. Relator: Min. Gilmar Mendes, 02 de fevereiro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.104**. É inconstitucional norma que submete a instauração de inquérito à autorização do Poder Judiciário, em afronta à prerrogativa do MP de requisitá-lo diretamente. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 30 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 1943/DF**. Havendo conveniência processual da reunião de ações em curso deve-se evitar a extinção de feitos sem resolução de mérito. Relator: Min. Antonio Hermann Benjamin, 12 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601779-05.2018.6.00.0000**. Para se caracterizar o abuso de poder, impõe-se a comprovação, de forma segura, da gravidade dos fatos imputados, demonstrada a partir da verificação do alto grau de reprovabilidade da conduta (aspecto qualitativo) e de sua significativa repercussão a fim de influenciar o equilíbrio da disputa eleitoral (aspecto quantitativo). A mensuração dos reflexos eleitorais da conduta, não obstante deva continuar a ser ponderada pelo julgador, não constitui mais fator determinante para a ocorrência do abuso de poder, agora revelado, substancialmente, pelo desvalor do comportamento. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 11 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601782-57.2018.6.00.0000**. Os representados são acusados de (i) contratarem empresas especializadas em *marketing* digital para procederem ao disparo de mensagens com conteúdo falso via *WhatsApp* contra os oponentes da chapa de Jair Bolsonaro nas eleições 2018, em especial os candidatos do PT e do PDT; (ii) utilizarem indevidamente perfis falsos para propaganda eleitoral (uso indevido dos meios de comunicação); (iii) comprarem cadastros de usuários irregularmente; (iv) montarem uma estrutura piramidal de comunicação, com emprego de robôs e de números de telefone estrangeiros; (v) realizarem e receberem doação de pessoa jurídica e (vi) praticarem abuso de poder econômico. Não é porque se cogita de conexão que dois ou mais processos necessariamente deverão ser instruídos e julgados em conjunto. Desde que estejam assegurados os já indicados valores da harmonia entre os julgados e da economia processual, a incidência do efeito da reunião de processos consubstancia escolha do magistrado, o qual, observando os requisitos legais, deverá analisar a oportunidade e a conveniência de fazê-lo. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 11 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601771-28.2018.6.00.0000**. AIJE, ainda não julgada, oferecida pela Coligação O povo feliz de novo em face de Jair Messias Bolsonaro, Antonio Hamilton Mourão, Luciano Hang, Quick Mobile Desenvolvimento de Serviços Ltda, Yacows Desenvolvimento de Software Ltda, Croc Services Soluções de Informática Ltda, SMS Market Soluções Inteligentes Ltda e WhatsApp Inc, acerca do disparo em massa de mensagens com conteúdo falso. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/tse-decisao-ministro-og-fernandes-aije-0601771-28-em-12-06-2020/view>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601968-80.2018.6.00.0000**. AIJE, ainda não julgada, oferecida pela Coligação “O povo feliz de novo” em face de Jair Messias Bolsonaro, Antonio Hamilton Martins Mourão, Flávia Alves, Lindolfo

Antonio Alves Neto e Marcos Aurélio Carvalho, imputando-lhes a prática de abuso de poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação. Relator: Min. Og Fernandes. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/234430087/processo-n-0601968-8020186000000-do-tse>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601968-80.2018.6.00.0000**. Ainda não julgada. Os representados são acusados de (i) contratarem empresas especializadas em *marketing* digital para procederem ao disparo de mensagens com conteúdo falso via *WhatsApp* contra os oponentes da chapa de Jair Bolsonaro nas eleições 2018. Relator: Min. Og. Fernandes. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/234430087/processo-n-0601968-8020186000000-do-tse>. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 060182324/DF**. O candidato supostamente beneficiado pelo abuso de poder é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de investigação judicial eleitoral, ainda que a conduta investigada não seja a ele atribuída. Relator: Min. Jorge Mussi, 26 de setembro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 1547-81/DF**. Compete à Justiça Eleitoral, com base na compreensão da reserva legal proporcional, verificar, com fundamento em provas robustas admitidas em direito, a existência de grave ilícito eleitoral suficiente para ensejar as excepcionais sanções de cassação de diploma e declaração de inelegibilidade. Relator: Min. Herman Benjamin, 12 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601851-89.2018.6.00.0000**. A petição inicial não é inepta quando presentes seus elementos essenciais e ausentes os vícios previstos no art. 330§ 1º, do CPC/2015. As partes não estão obrigadas a prestar depoimento pessoal, ante a falta de previsão na LC 64/90. O abuso do poder econômico caracteriza-se pelo emprego desproporcional de recursos patrimoniais (públicos ou privados), com gravidade suficiente para afetar o equilíbrio entre os candidatos e macular a legitimidade da disputa. Não configura prática abusiva a divulgação, em turnê de apresentações no País, sem aporte de recursos públicos, de opiniões pessoais de artista estrangeiro, condizentes com suas convicções políticas, com a veiculação de críticas a autoridades e empresários de diversas partes do mundo, as quais constituem mero exercício da garantia constitucional a todos assegurada de livre manifestação de pensamento. O candidato supostamente beneficiado pelo abuso de poder é parte legítima para figurar no polo passivo de ação de investigação judicial eleitoral, ainda que a conduta investigada não seja a ele atribuída. Para se caracterizar o abuso de poder, impõe-se a comprovação, de forma segura, da gravidade dos fatos imputados, demonstrada a partir da verificação do alto grau de reprovabilidade da conduta (aspecto qualitativo) e de sua significativa repercussão a fim de influenciar o equilíbrio da disputa eleitoral (aspecto quantitativo). A mensuração dos reflexos eleitorais da conduta, não obstante deva continuar a ser ponderada pelo julgador, não constitui mais fator determinante para a ocorrência do abuso de poder, sendo agora revelado, substancialmente, pelo desvalor do comportamento. Relator: Min. Jorge Mussi. Disponível em: <https://pje.tse.jus.br:8443/pje-web/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam> com a chave19021119554516200000002973834. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 0601423-80.2018.6.01.0000**. A litispendência entre feitos eleitorais pode ser reconhecida quando houver identidade na relação jurídica-base das demandas, o que deve ser apurado a partir do caso concreto. Existência de total congruência quanto aos elementos distintivos da ação da AIME e AIJE levando à litispendência. Na AIJE, a falta de individualização da conduta da de um dos agentes na inicial torna dispensável sua inclusão no polo passivo. É legal a deflagração de persecução penal a partir de denúncia apócrifa. Em questões probatórias, o exame da ilicitude por derivação é relacional e depende da demonstração da correlação entre um certo conjunto de provas e aprova paradigma, que deve gerá-lo. Nos termos do procedimento do art. 22 da LC 64/90, o juiz está autorizado a ouvir terceiros não arrolados que possam auxiliar na decisão da ação. Tal faculdade independe, nos termos da lei, de prévia autorização das partes, bastando para que se assegure o contraditório e a ampla defesa, a possibilidade de contradita, na foram do art. 457, § 1º, do CPC. A inexistência de abertura do prazo para manifestação no rito do art. 22, I, da LC 64/90 desaconselha desnecessários atrasos na marcha do processo a fim de se garantir efetividade da atividade jurisdicional. Após a juntada de documentos pelo Ministério Público, permite-se a possibilidade de apontamentos na fase de alegações finais, garantindo-se o contraditório. A indicação de atuação de candidatos em parceria com o grupo de governo foi utilizada somente como argumento de reforço e não como causa de pedir. O efeito interruptivo do art. 275, § 5º do Código Eleitoral deve alcançar o prazo para alegações finais, a fim de que essas possam contemplar todos os aspectos relevantes para a formação da convicção judicial, inclusive aqueles porventura constantes da decisão que examina os embargos de declaração. Existência de sérias violações a regras da contabilidade eleitoral, especialmente quanto à aplicação de recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanhas pelos candidatos investigados. Os concorrentes envolvidos canalizaram quase todo o dinheiro aplicado pelo diretório partidário estadual, ainda que houvesse outros 15 candidatos. Um dos implicados era o presidente do partido, simultaneamente decisor e beneficiário das destinações de verbas; sua parceira recebeu valores extraordinários por associação, em evidente estratégia que prejudicou os demais concorrentes. Os candidatos aplicaram quase todas as receitas n contratação de uma única empresa, a ML Serviços, que recebeu mais de um milhão e duzentos mil reais, valor correspondente a 84,23% do que os investigados arrecadaram juntos. O investimento inclinou-se para propaganda volante, de baixa eficácia relativa às formas publicitárias modernas, o que lançou suspeitas quanto à veracidade das declarações contábeis apresentadas. A ML serviços não atuava no mercado gráfico, possuía proprietário de fachada, sendo gerida, de fato por um aliado histórico dos candidatos cassados; no ano da eleição, praticamente não teve outros clientes além dos candidatos do PRB/AC/ não prestou diretamente os serviços contratados; emitiu notas fiscais frias, que posteriormente compuseram a prestação de contas dos investigados; repassou mais de 1,2 milhão para a conta de seu dirigente de fato ou pessoas próximas a ele, no curso da eleição. A jurisprudência do TSE legitima o uso das provas indiciárias para a condenações em ações eleitorais. Há, porém, no caso mais que isso, pois existem provas de caixa dois, falsificação de dados na prestação de contas e desvio de verbas oriundas de recursos públicos. Depoimentos testemunhais seguros e ricos de detalhe afastam dúvidas. Não há responsabilização objetiva se for constatada a participação dos candidatos nos ilícitos. A trilha do dinheiro mostra que os candidatos cassados estavam no arco do domínio dos fatos. Condenação pelo art. 22 da LC 64/90, art. 30-A e art. 41-A da Lei 9.504/97. Relator: Min. Edson Fachin, 16 de dezembro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 194358, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo 761 e Representação 846**. Direito Eleitoral e Processual Civil. Imputação de abuso de poder político e do poder econômico aos integrantes da chapa presidencial vencedora da eleição. Pedido de cassação de diploma e declaração de inelegibilidade. Impossibilidade de ampliação objetiva da demanda. Julgamento adstrito ao pedido e à causa de pedir postos na inicial. Princípio jurídico da adstrição. Ausência de **prova** quanto aos fatos narrados na petição inicial. Julgamento improcedente. Relator: Min. Napoleão Maia, 12 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Investigação Judicial Eleitoral 1943-58.2014.6.00.0000/DF, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo 7-61.2015.6.00.0000, Representação 8-46.2015.6.00.0000, e Ação de Investigação Judicial Eleitoral 1547-81.201.6.00.0000**. O TSE é competente para cassar diploma de presidente da república. O julgamento nas ações eleitorais está adstrito ao pedido e à causa de pedir postos na inicial da ação, segundo o princípio jurídico processual da congruência. A ausência de acervo probante efetivo e coerente quanto aos fatos alegados impedem a condenação. Presença exclusiva de elementos indiciários da prática das condutas não bastam à procedência. Pedidos julgados improcedentes. Relator: Min. Napoleão Maia, 12 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo de Instrumento 6698**. Inexiste litispendência quando as ações confrontadas têm consequências jurídicas distintas. Relatora: Min. Rosa Weber, 21 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo de Instrumento 28353/RJ**. Para fins de conformação do abuso de poder, é imprescindível, a presença de um conjunto probatório seguro, a demonstrar a efetiva ocorrência dos ilícitos imputados. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 31 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo de Instrumento 45-65/MG**. A petição que descreve adequadamente partes, pedido e causa de pedir e permite o adequado exercício do contraditório não é inepta. Relatora: Min. Rosa Weber, 21 de novembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 896**. A fraude apurada em ação de impugnação de mandato eletivo diz respeito somente ao processo de votação. Relator: Min. Caputo Bastos, 02 de dezembro de 2006.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário 888**. Não se apuram em AIME fraudes relativas à transferência de domicílio. Relator: Min. Caputo Bastos, 25 de novembro de 2005.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário 947/AP**. A cassação do mandato em sede de ação de impugnação de mandato exige a presença de prova robusta, consistente e inequívoca. Nos exatos termos da decisão agravada, a ausência de confirmação em juízo da prova testemunhal produzida inquisitorialmente inviabiliza falar em prova robusta dos fatos narrados, seja da oferta de dinheiro em troca de votos seja da oferta de combustível para captação de sufrágio. A fragilidade dos depoimentos prestados judicialmente e

mesmo a suspeita de possam ter sido induzidos pelos requeridos, embora permita apuração de eventual ilícito em sede própria, providência já determinada pelo tribunal *a quo*, não permite que a prova testemunhal produzida de forma inquisitorial se sobreponha àquela realizada sob o crivo do contraditório, pena de violação da garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição. Ainda que fosse considerada provada regularmente a ocorrência do ilícito, estaria ausente a potencialidade lesiva necessária para a procedência da AIME, como reconhecido pela Vice-PGE. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de agosto de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Contra Expedição de Diploma 580**. Para a configuração de abuso de poder econômico é necessária utilização excessiva, antes ou durante a campanha, de recursos materiais ou humanos que representem valor econômico, buscando beneficiar partido, candidato ou coligação, afetando a normalidade e a legitimidade das eleições. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 28 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial 1170**. O abuso de poder (*i.e.*, econômico, político, de autoridade e de mídia) reclama, para a sua configuração, uma análise pelo critério qualitativo, materializado em evidências e indícios concretos de que se procedera ao aviltamento da vontade livre, autônoma e independente do cidadão-eleitor de escolher seus representantes. A potencialidade para influenciar diretamente no resultado das urnas não é condição necessária para a caracterização do abuso de poder econômico. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial 34204/RJ**. É tempestivo o recurso especial interposto pelo Ministério Público, considerada a fluência do prazo recursal a partir do recebimento dos autos na sua secretaria. Relator: Min. Marcelo Riberio, 11 de novembro de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário 2887-87**. O abuso do poder político ocorre quando agentes públicos se valem da sua condição funcional para beneficiar candidaturas. Relator: Min. Gilmar Mendes, 13 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário 19410-ES**. Para fins de intimação do MP, considera-se suficiente o recebimento do feito na Secretaria do Ministério Público Federal. Relator: Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, 12 de setembro de 2003.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 317093**. A imparcialidade que se impõe às emissoras de rádio e televisão, por serem objeto de outorga do poder público, não significa ausência de opinião ou de crítica jornalística, mas sim de impedimento de que assumam uma postura que caracterize propaganda eleitoral em favor de candidato. Relator: Min. Jorge Mussi, 17 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 28-459/BA**. A declaração de procedência da AIME com fundamento em captação ilícita de sufrágio requer a demonstração da potencialidade lesiva. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 17 de setembro de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 430-40**. Após a edição da LC 135/2010, o posicionamento jurisprudencial do TSE permaneceu no sentido da necessidade da aferição do potencial lesivo da conduta para fins de procedência da AIME, haja vista que o bem jurídico tutelado por essa via processual é a legitimidade das eleições e não a vontade do eleitor. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de maio de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 730-14**. O uso indevido dos meios de comunicação social caracteriza-se pela exposição desproporcional de um candidato em detrimento dos demais, ocasionando desequilíbrio na disputa eleitoral. O abuso de poder econômico configura-se mediante o uso desproporcional de recursos patrimoniais, sejam eles públicos ou privados, de forma a comprometer a igualdade da disputa eleitoral e a legitimidade do pleito em benefício de determinada candidatura. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 02 de dezembro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 44565**. O uso de laranjas para encobrir os verdadeiros doadores de campanha configura inequívoca arrecadação de recursos de origem não identificada a ensejar a perda do diploma (art. 30-A da Lei 9.504/97). 100% dos recursos obtidos pelo agravante advêm de doações ilícitas, reconhecendo-se a prática de “caixa dois”. Relator: Min. Jorge Mussi.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral **Agravo Regimental no Recurso Especial 3-85**. A omissão de receitas e despesas de campanha não possui gravidade suficiente para ensejar a sanção de cassação do diploma, prevista no art. 30-A da Lei 9.504/97, se não ficou comprovada a utilização de recursos de fontes vedadas ou a prática de “caixa dois”. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 11 de dezembro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 513/PI**. As sanções decorrentes da prática de captação ilícita de sufrágio e de abuso do poder econômico incidem nas hipóteses em que o Agente eleitoral tem ciência inequívoca da infração conforme assentado à luz do caso concreto. 2. No caso sub examine, o Tribunal Regional Eleitoral do Piauí, soberano na análise das provas, concluiu, segundo as circunstâncias do caso concreto, que houve prática de abuso do poder econômico lastreado na captação ilícita de sufrágio. Assentou também a inequívoca ciência do Autor com relação à distribuição das vantagens aos eleitores e à existência da gravidade das condutas para influenciar no resultado do jogo político. Frise-se, por oportuno, que os fatos trazidos na presente AIME, embora semelhantes àqueles narrados na AIJE 293 - são mais abrangentes na medida em que envolvem, além da distribuição de bonés, camisetas e viseiras, a realização de atendimentos médicos em prol da candidatura dos Impugnados. Precisamente por isso, não se revela possível cogitar-se litispendência entre as referidas ações. Relator: Min. Luiz Fux, 14 de setembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 143/PE**. Não se conhece de agravo interno contra decisões interlocutórias na seara eleitoral. Relator: Min. Edson Fachin, 15 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 40214/BA**. Não é cabível agravo interno fora dos marcos das decisões definitivas de mérito.

Relator: Min. Edson Fachin, 19 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 45-05/MG**. A peça de ingresso que contempla partes, causa de pedir e pedido, possibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa, além da produção de provas no curso da ação. Por isso, não há inépcia. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 10 de agosto de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 41-85/SP**. Se a petição inicial traz partes, pedido e causa de pedir, não há que se falar em inépcia. Relator: Min. Jorge Mussi, 03 de agosto de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança 2641/RN**. O depoimento pessoal não compõe o rito do art. 22 da LC 64/90. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 07 de setembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário 1804402-01-4624.0.00.0000**. Apesar do término do mandato, não há que se falar em perda do objeto, porquanto a multa e a inelegibilidade podem ser aplicadas independentemente de eventual cassação de registro ou diploma. Há, portanto, interesse processual no julgamento do agravo interno. No caso, o agravado confeccionou material gráfico contendo valores recebidos por membros do Ministério Público estadual, no período de outubro de 2012 a dezembro de 2013, e o remeteu a diversas instituições do Estado de Santa Catarina, acompanhado de ofício de apresentação do material com a expressão “13.470 abraços”, número utilizado em sua campanha eleitoral em 2014. A análise do caso deve se ater ao eventual desvio de finalidade, com repercussão eleitoral, na divulgação da atividade parlamentar. Nesse tema, deve-se ter cautela para não invadir a esfera de atuação do agente político. Portanto, está fora da apreciação da Justiça Eleitoral os critérios que o parlamentar utilizou para apontar que os membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina receberiam remuneração considerada exorbitante. Ademais, a seleção do tema, em si, e a intensidade com que quis divulgá-lo tampouco dizem respeito à competência desta Justiça Especializada. Observados esses parâmetros, não há elementos para concluir pela configuração dos ilícitos apontados pelo agravante, uma vez que ausente qualquer informação a respeito da extrapolação da verba de gabinete ou do pagamento de horas extras para os servidores envolvidos na operação; a conduta do inciso III do art. 73 da Lei 9.504/1997 refere-se expressamente ao âmbito do “Poder Executivo”, não se aplicando ao Poder Legislativo; não há nos autos prova de que o agravado tenha praticado qualquer das condutas típicas do art. 41-A da Lei 9.504/1997; e a simples inclusão da saudação “13.470 abraços” no ofício é, por si só, insuficiente para caracterizar abuso do poder político. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 25 de junho de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo Regimental em Recurso Ordinário 5376-10/MG**. Não há perda de objeto com o término do mandato se a cassação não é o objeto único da ação. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/287458817/tse-13-03-2020-pg-50>. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial 235-54/RN**. A

fraude escritural consistente na omissão de valores gastos, com o propósito de mascarar a realidade, inviabiliza a fiscalização dos fluxos monetários pelos órgãos do controle e constitui caixa dois. Não há, nesse caso, que se discutir proporcionalidade e razoabilidade. Relator: Min. Luiz Fux, 15 de agosto de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 259-52/RS**. Após a LC 135/2010, a verificação do abuso passou a demandar a avaliação da gravidade das circunstâncias inerente ao fato em si, ou seja, do desvalor presente diante do bem jurídico tutelado pela norma, no caso, a normalidade e a legitimidade das eleições. Assim, a investigação da prática abusiva não se prende necessariamente a eventuais implicações no pleito, muito embora tais implicações, quando existentes, reforcem a natureza grave do ato. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 14 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental 1.112.656**. Desde que a denúncia anônima seja seguida de diligências para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial, é legítima a instauração. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 6 de novembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 6350.38**. A denúncia anônima é elemento legítimo para autorizar procedimentos investigativos em busca de indícios que corroborem as informações nela encaminhadas. Relator: Min. Sérgio Banhos, 08 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial 875-12/MT**. Depoimentos prestados na fase inquisitorial não constituem prova suficiente para ensejar a condenação pela prática de captação ilícita de sufrágio. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 16 de novembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 10466/BA**. É necessária a potencialidade para a configuração do abuso apurado em AIME. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 18 de setembro de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 11453-74/MG**. É necessária a presença de prova robusta e inconteste, além da comprovação da participação direta ou indireta do candidato nos fatos tidos por ilegais, bem como da benesse ter sido ofertada em troca de votos. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 17 de outubro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 14822-MG**. Não é possível dar interpretação ampliativa a dispositivo que restringe direito. Relator: Min. Gilson Dipp, 18 de setembro de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 52-83**. A existência do programa social, isoladamente, não demonstra a ocorrência da conduta vedada prevista no art. 73, IV da Lei 9.504/97. Relator: Min. Carlos Velloso, 17 de dezembro de 2004.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial 54275-32**. Para

que haja ilícito, é necessário demonstrar o caráter eleitoreiro do programa ou seu uso promocional para favorecer candidato, partido ou coligação. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 09 de outubro de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial 9998976-14.2008.6.13.0000**. Inviável no caso concreto novo reenquadramento jurídico dos fatos sem que se faça o reexame da prova dos autos, o que é vedado em recurso especial eleitoral. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de março de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Eleitoral 19563**. Nos termos do art. 22, XIV, da LC 64/1990, a decretação da cassação do registro ou do diploma do candidato exige-se apenas a comprovação do benefício decorrente do abuso. Relator: Min. Gilmar Mendes, 02 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 35762**. A jurisprudência está consolidada no sentido de que nas ações eleitorais em que se cogita de cassação de registro, de diploma ou de mandato, há litisconsórcio passivo necessário entre os integrantes da chapa majoritária, considerada a possibilidade de o vice ser afetado pela eficácia da decisão. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 25 de maio de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 160.421**. Em AIME, não se discutem questões relativas às inelegibilidades. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 03 de fevereiro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento no Recurso Especial 712.992/PR**. Compete ao juiz determinar as provas úteis à instrução do feito, até mesmo de ofício, afastando as diligências que entender inúteis ou meramente protelatórias. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 23 de setembro de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.502.269/PR**. Ofende ao princípio da congruência a decisão baseada em fatos não trazidos na inicial ou quando atribui aos fatos apresentados consequências jurídicas não deduzidas na demanda. Relator: Min. Humberto Martins, 26 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo 761**. 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 (art. 22, XVI, da LC 34/1990). Relatora: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, 04 de dezembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Ação de Impugnação de Mandato Eletivo 7-61.2015.6.00.0000/DF**. Se os fatos articulados na inicial vierem acompanhado de conjunto probatório mínimo, mesmo que indiciário, inclusive com decisões do TSE que reconheceram ilícitos eleitorais e indícios de irregularidade no bojo da prestação de contas da campanha dos investigados, há sérios indícios que justificam a regular instrução da ação, em especial na presença de e os fatos amplamente noticiados que dão substância à

imputação. Relator: Min. Gilmar Mendes, 04 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/469043709/agravo-regimental-em-acao-de-impugnacao-de-mandato-eletivo-aime-7612015600000-brasilia-df/inteiro-teor-469043729>
Acesso em: 06 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Eleições 2018**: justiça eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral 121**. A contradição apontada pelo embargante refere-se a fatos isolados. Porém, a decisão de manter a cassação do prefeito se deu pelo “conjunto da obra”. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 05 de dezembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Embargos de Declaração no Recurso Ordinário 1497**. Se não estiver expressamente consignado em outro sentido, deverá a Justiça considerar o prazo de um ano antes da eleição para examinar as condutas vedadas. Relator: Min. Eros Grau, 24 de março de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Embargos de Declaração em Recurso Especial Eleitoral 121**. A cassação do mandato de vice-prefeito não decorre de eventual prática de ato comissivo de sua parte mas sim – na linha da remansosa jurisprudência bem como da mais abalizada doutrina – em virtude da consequência lógica-jurídica da indivisibilidade da chapa. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 05 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 85029**. Nem a disciplina legal da ação de investigação judicial eleitoral nem a da representação por infração a Lei 9.504/97 contêm previsão do depoimento pessoal do representado ou investigado. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 01 de abril de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 345.034/MG**. A jurisprudência do STJ e do STF possuem firme entendimento no sentido de que a não observância da ordem para oitiva de testemunhas previstas no CPP constitui nulidade relativa. Relator: Min. Felix Fischer, 29 de março de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 137.828/RS**. Se a ausência instrutória do writ somente for apontada em grau recursal, nada obsta que nessa mesma sede seja sanada a irregularidade. Habeas corpus concedido para cassar o acórdão recorrido e determinar o julgamento do mérito do HC. Relator: Min. José Dias Toffoli, 16 de dezembro de 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção) **Mandado de Segurança 17.389/DF**. A oitiva de duas testemunhas de acusação após as da defesa não é causa de nulidade se não houver prejuízo. Relator: Min. Herman Benjamin, 29 de novembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Processo Administrativo 32345**. Decide o tribunal expedir a Súmula 24, segundo a qual não cabe recurso especial eleitoral para reexame do conjunto fático-probatório”. Relator: Min. José Dias Toffoli, dia 24, 27 e 28 de junho de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso em Habeas Corpus 131/MG**. Não se pode obrigar o comparecimento ao depoimento pessoal do réu em processos regidos pelo art. 22 da LC 64/90, por não haver previsão desse instituto no dispositivo. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 05 de agosto de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 38435/SP**. Embora a nova redação do art. 212 do CPP tenha estabelecido uma ordem de inquirição de testemunhas, a não observância dessa regra acarreta no máximo nulidade relativa. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 15 de maio de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 66126/PR**. É ilícita a busca de provas ampla, sem contornos bem definidos, em verdadeira *fishing expedition*. Relator: Min. Marcelo Ribeiro Dantas, 07 de março de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 3-48/MS**. A litispendência entre ações eleitorais pode ser reconhecida quando há identidade entre a relação jurídica-base das demandas, o que deve ser apurado a partir do contexto fático-jurídico extraído do caso concreto. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 10 de dezembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 172**. Constitui abuso de poder político o oferecimento de benefícios a eleitores por meio de programas sociais sem previsão legal que justifique. Relator: Min. Gilmar Mendes, 02 de dezembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 468-22/RJ**. Os veículos impressos de comunicação podem assumir posição favorável em relação a determinada candidatura, inclusive divulgando atos de campanha e atividades parlamentares, sem que isso caracterize por si só uso indevido dos meios de comunicação social, devendo ser punidos pela Justiça Eleitoral os eventuais excessos. O fato de se possibilitar às emissoras de rádio e televisão veicular opinião no contexto da disputa eleitoral não implica permissão para encamparem ou ataquem determinada candidatura em detrimento de outras. Na espécie, a despeito da ilicitude, a conduta não possuiu gravidade suficiente a ensejar as sanções previstas no art. 22, XIV, da LC 64/90. 3. O abuso do poder político caracteriza-se quando o agente público, valendo-se de sua condição funcional e em manifesto desvio de finalidade, compromete a igualdade da disputa e a legitimidade do pleito em benefício de sua candidatura ou de terceiros, o que não se verificou no caso. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 16 de junho de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 478-21/MG**. As condições da ação devem ser aferidas em abstrato, à vista da descrição dos fatos feita na petição inicial. Relator: Min. Admar Gonzaga, 03 de outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 484-72/MG**. Incidem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no art. 22, XVI da LC 64/90. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 14 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 510-20/MG**. A delimitação subjetiva da demanda deve ser feita no momento da propositura da ação. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 26 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 568-76**. A apuração do abuso de poder econômico, nos eitos em que os fatos apontados são múltiplos, deve ser aferida a partir do conjunto de irregularidades apontadas. Assim, ainda que alguma delas não possua em si gravidade suficiente para autorizar a cassação do registro ou do diploma dos representados, é possível que, no conjunto, a gravidade seja reconhecida. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 05 de novembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 1528-45**. O abuso de poder (econômico, político, de autoridade e de mídia) reclama, para a sua configuração, uma análise pelo critério qualitativo, materializado em evidências e indícios concretos de que se procedera ao aviltamento da vontade livre, autônoma e independente do cidadão-eleitor de escolher seus representantes. O critério quantitativo, ou a potencialidade para influenciar diretamente no resultado das urnas), conquanto possa ser condição suficiente, não se perfaz condição necessária para a caracterização do abuso de poder econômico. O fato de as condutas supostamente abusivas ostentarem potencial para influir no resultado do pleito é relevante, mas não essencial. Há um elemento substantivo de análise que não pode ser negligenciado: o grau de comprometimento aos bens jurídicos tutelados pela norma eleitoral causado por essas ilicitudes, circunstância revelada em concreto pela magnitude e pela gravidade dos atos praticados. Relator: Min. Luiz Fux, 02 de junho de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 1175/RN**. O postulado da proporcionalidade é o parâmetro normativo adequado para aferir a gravidade ou a relevância jurídica dos ilícitos em processos em que se apuram abusos de poder econômico ou político. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de junho de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 4474-94/SP**. Não há propaganda eleitoral negativa quanto os termos supostamente ofensivos não extrapolam a liberdade de manifestação. As críticas inerentes ao embate político, ainda que desabonadoras da atuação de determinado governo ou político, não são aptas a configurar propaganda eleitoral negativa. Relator: Min. João Otávio Noronha, 20 de outubro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 10070**. O uso indevido dos meios de comunicação social configura-se por exposição excessiva de candidato na mídia em detrimento dos demais. O abuso de poder econômico caracteriza-se por emprego desproporcional de recursos patrimoniais (públicos ou privados). Ambos comprometem a legitimidade do pleito e a paridade de armas. Relator: Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, 07 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 14123-47/RN**. O reexame de fatos e provas na instância especial é inadmissível nos termos da Súmula 7 do STJ. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 05 de junho de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 15466/SP**. Não é necessária a presença de potencialidade para a caracterização do abuso de poder econômico. Sempre que as circunstâncias do caso evidenciaram gravidade suficiente para atacar a legitimidade e a normalidade das eleições, é irrelevante a diferença de votos entre o primeiro e o segundo colocado. Relator: Min. Luiz Fux, 02 de junho de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 25433/PI**. Recurso. Especial. Recurso contra expedição de diploma. Reexame de prova. Inadmissibilidade. Dissídio jurisprudencial não caracterizado. Recurso especial a que se nega seguimento. 1. Recurso especial não se presta a reexame de prova. 2. Divergência jurisprudencial só se caracteriza com o cotejo analítico das teses dos acórdãos confrontados e com a demonstração de similitude fática entre os julgados mesmo período, a alegada doação de lotes urbanos de terras em troca de sufrágio. Necessidade de prova robusta. Relator: Min. Antonio Cesar Peluso, 13 de março de 2007, p. 139.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 26904/TO**. É de 24 horas o prazo recursal de embargos de declaração contra acórdão regional que versa sobre representação fundada no art. 96 da Lei 9.504/97.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 28007**. Para a configuração do abuso em AIME é necessária a potencialidade. Relator: Min. Gerardo Gross, 27 de maio de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 30010**. A liberdade de imprensa não é absoluta. Itá Fernandes, aliado do recorrente, forjou o Jornal Folha de Ibaté, utilizando os mesmos nome e logotipo de tradicional impresso Município, e o fez circular de forma gratuita, às vésperas d pleito, contendo matérias tendenciosas em benefícios dos recorrentes e noticiando de forma inverídica desistência da principal candidatura adversária. Relator: Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, 18 de outubro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 31743**. É relevante para a verificação da alegada identidade das causas de pedir entre diversas ações, que o acórdão se manifeste se em alguma delas a gravidade dos fatos é invocada pelo conjunto da obra. Omissão reconhecida. Relatora: Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, 31 de maio de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 94192/AL**. Não se conhece de Recurso Especial que busca reexame de fatos para reforma condenação em AIME pelo TRE-AL. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 17 de maio de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 131064**. Irregularidades graves como omissões de despesas, ausência de identificação de doadores, falta de emissão de notas fiscais e gastos superiores ao limite estabelecido para a campanha configuram a prática vedada que, por

sua gravidade, leva à cassação do diploma. Relatora: Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, 14 de dezembro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 191868**. A utilização de recursos patrimoniais em excesso, públicos ou privados, sob poder ou gestão do candidato configura o abuso do poder econômico. 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. Relator: Min. Gilson Dipp, 22 de agosto de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 1632569**. Para a cassação do diploma, nas hipóteses de captação ou gastos ilícitos de recursos (art. 30-A da Lei 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. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, 27 de março de 2012.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 42844650-26**. A cassação do mandato em sede de ação de impugnação de mandato exige a presença de prova robusta, consistente e inequívoca. Relator Min. Dias Toffoli, 10 de março de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 1-49.2013.6.18.0024/PI**. Enquadra-se no conceito de fraude a violação do percentual de candidaturas femininas exigidos por lei por meio do uso de candidatas laranjas. Relator: Min. Henrique Neves, 21 de outubro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 0000565-58.2000.6.00.0000**. Prefeito que assume o cargo de secretário de estado durante o mandato não poderá retomá-lo, nos termos da constituição de 1969. Relator: Min. Dinis de Andrada, 10 de março de 1994.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 0000151-69.2014.6.00.000/TO**. O ilícito do art. 30-A busca proteger a igualdade entre os disputantes do prélio eleitoral. A conduta reputada ilegal deve ser analiticamente descrita pelo magistrado, vedando-se a aplicação de sanções eleitorais gravosas ancoradas em mera ilações ou presunções. O postulado da razoabilidade é parâmetro normativo adequado para aferir a gravidade e a relevância jurídica do ilícito em processos envolvendo a captação ou gasto ilícito de recursos em campanhas eleitorais. Relator: Min. Luiz Fux, 19 de dezembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral 28357**. A adoção do rito do art. 22 da LC 64/90 para as representações relativas à arrecadação e gastos de recursos não implica o deslocamento da competência para o corregedor. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 24 de abril de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial 0042232-85.6.20.0000**. A prova dos autos não demonstra a utilização de programa social denominado cheque reforma para promover a candidatura do prefeito. a mera existência do programa social não é suficiente para a configuração do art. 73, IV da Lei 9.504/97, segundo o qual constitui conduta vedada- fazer ou

permitir uso promocional em favor de candidato, partido político ou coligação, de distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social custeados ou subvencionados pelo Poder Público. Relator: Min. Henrique Neves da Silva, 21 de outubro de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso em Mandado de Segurança 13.514/BA**. A quebra do sigilo bancário pode ser aproveitada e decretada no âmbito das ações de investigação judicial eleitoral. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 4 de setembro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso em Mandado de Segurança 060153871**. O processo eleitoral segue a disciplina da Resolução do TSE 23.456 /2015, a qual, em seu art. 145, § 2º, II, dispõe que "os votos dados a candidato que concorra nas eleições proporcionais e cujo registro tenha sido deferido, porém posteriormente cassado por decisão em ação autônoma, serão contados para o partido, caso o acórdão condenatório seja publicado depois das eleições ". 2. Inteligência do art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, conforme compreensão jurisprudencial então firmada no Tribunal Superior Eleitoral. Considerado o pleito de 2016, a determinação de retotalização mediante anulação dos votos atribuídos ao candidato cassado cujo registro estava deferido na data da eleição, sem o cômputo para a respectiva sigla, é ilegal. Relator: Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, 25 de setembro de 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 758-25/SP**. A liberdade de expressão reclama proteção reforçada, não apenas por encerrar direito moral do indivíduo, mas também por consubstanciar valor fundamental e requisito de funcionamento em um Estado Democrático de Direito, motivo por que o direito de se expressar e suas exteriorizações (informação e de imprensa) ostenta uma posição preferencial dentro do arquétipo constitucional das liberdades. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de setembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1233**. Ainda que ocorrida a omissão de despesas não declaradas relativas à contratação de cabos eleitorais, na prestação de contas de candidato, tal fato por si só não traduz a gravidade apta a ensejar a cassação de diploma, porquanto não comprovada a utilização de recursos de fontes vedadas ou a prática de caixa dois. Relatora: Min. Luciana Guimarães Lóssio, 21 de março de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1334-25**. Somente o candidato possui legitimidade para figurar no pólo passivo da ação lastrada no art. 41-A da lei 9.504/97. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 06 de março de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1400/AC**. Diante das contradições verificadas entre a prova colhida no inquérito e as obtidas em juízo, o acervo probatório dos autos não é apto a embasar a condenação prevista no art. 41-A da Lei 9.504/97. Relator: Min. Dias Toffoli, 31 de março de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1460**. A maciça divulgação de matérias elogiosas a pré-candidato em diversos jornais e revistas, cada um com tiragem média de dez mil exemplares, publicados quinzenalmente, e distribuídos gratuitamente durante vários meses antes da eleição, constitui uso indevido dos meios de comunicação social. Relator: Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, 15 de outubro de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1494/SE**. O prazo para recurso contra decisão tomada com base no art. 41-A da Lei 9.504/97 é de 24 (vinte e quatro) horas. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 26 de setembro de 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1540/PA**. Não há que se falar em inépcia da petição inicial quando a ação for instruída com todos os documentos essenciais. O trânsito em julgado da prestação de contas não é requisito para a interposição da ação do art. 30-A. A captação ilícita de recursos envolve tanto recursos de fontes vedadas como de fontes não vedadas que não transitem pela conta do candidato, não sejam declarados e sejam aplicados indevidamente na campanha. O abuso de poder econômico pode decorrer da captação ilícita. Relator: Min. Felix Fischer, 01 de junho de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso ordinário 1596/MG**. O MP é parte legítima para investigações judiciais destinadas a apurar ilícitos eleitorais relativos à arrecadação de recursos e aos gastos de campanha eleitoral. Não há nulidade de prova produzida em investigação pelo MPF, PF e Receita Federal e depois compartilhada. Inexiste cerceamento de defesa quando o julgador indefere a produção de provas desnecessárias. Não é necessário esperar o término de inquérito policiais para que as provas nele inseridas sejam utilizadas. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 16 de março de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1635/RN**. O art. 30-A não trata de abuso de poder. Comprovadas arrecadações ou gasto ilícito, haverá cassação de mandato, devendo ser feito juízo de proporcionalidade. Relator: Min. Marcelo Ribeiro. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 18 de setembro de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1679/TO**. O prazo recursal do Ministério Público Eleitoral inicia-se com o recebimento dos autos na sua secretaria. A lei 9.504/97 estabelece que o prazo do recurso para as condenações do art. 30-A é de 24 horas. Oferecido o recurso após 24 horas do recebimento na secretaria do Parquet, há intempestividade. Relator: Min. Felix Fischer, 01 de setembro de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 1947-10/AC**. Cabe ao representante comprovar a existência de ilícitos que extrapolem o universo contábil e possuam relevância jurídica para comprometer a amoralidade da eleição, 12 de setembro de 2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2232/AM**. Existe presunção de dano à regularidade das eleições relativamente às condutas previstas no art. 73 da Lei 9507/97. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 11 de dezembro de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2240-11**. Para avaliar a gravidade, é preciso considerar se os fatos narrados são suficientes para gerar desequilíbrio na disputa eleitoral ou evidente prejuízo potencial à lisura do pleito. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 18 de dezembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2651-56**. Para afastar legalmente

determinado mandato eletivo obtido nas urnas, compete à Justiça Eleitoral, com base na compreensão da reserva legal proporcional, verificar, com fundamento em provas robustas admitidas em direito, a existência de grave ilícito eleitoral suficiente para ensejar as severas e excepcionais ações de cassação e diploma e de declaração de inelegibilidade. Relator: Min. Gilmar Mendes, 08 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 22953-77/SP**. O MP Eleitoral deve trazer provas incontestas que o pagamento a maior a duas pessoas objetiva burlar a legislação eleitoral atinente à destinação de sobras de campanha. Relator: Min. João Otávio Noronha, 28 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 29659**. Conquanto o mero benefício seja suficiente para cassar o registro ou o diploma do candidato beneficiário do abuso de poder econômico, a declaração de inelegibilidade se restringe apenas ao representado e de quanto hajam contribuído para a prática do ilícito. Relator: Min. Gilmar Mendes, 29 de setembro de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 39322/AM**. Na representação do art. 30-A da Lei 9.504/97, deve-se comprovar a existência de ilícitos que possuam relevância jurídica para comprometer a moralidade da eleição. As omissões relativas a determinados gastos de campanha não possuem gravidade suficiente para ensejar a cassação do diploma do recorrente, na medida em que não ficou comprovada a utilização de recursos de fontes vedadas ou a prática de caixa dois. Relator: Min. Dias Toffoli, 21 de agosto de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 50330/PB**. Exige-se para o abuso apurado em AIME a potencialidade de influenciar o resultado das eleições. Relator: Min. Marcelo Ribeiro, 27 de abril de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 6213-34**. A procedência da AIME exige a demonstração de que os fatos foram potencialmente graves a ponto de ensejar o desequilíbrio no pleito, o que não se observou na espécie. Relator Min. José Antonio Dias Toffoli, 24 de março de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral . **Recurso Ordinário 93242/SP**. A litispendência entre ações eleitorais pode ser reconhecida quando há identidade entre a relação jurídica-base das demandas, o que deve ser apurado a partir do contexto fático-jurídico extraído do caso concreto. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 18 de dezembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 122.086/TO**. Na hipótese de ilícito de reconhecida dificuldade probatória, o Estado-juiz está autorizado a apoiar-se no conjunto de indícios confirmados ao longo da instrução, sob pena de deixar sem resposta graves atentados à sociedade, por conta da raridade das provas diretas de comportamento ilícito. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de março de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 151449/AP**. A conveniência ou não da reunião de processos decorrentes de eventual conexão ou continência é faculdade do juiz, porquanto cabe a este administrar o iter processual. Relatora: Min. Laurita Vaz, 07 de agosto de

2013.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 165.826/RO**. Não é inepta a petição inicial que descreve fatos e fundamentos do pedido e possibilita à parte o efetivo exercício do direito de defesa, corroborada com prova indiciária. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 25 de outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 172635**. Não se exige que a conduta tenha gerado desequilíbrio no pleito eleitoral nem tampouco prova de potencialidade para caracterização do abuso. Relator: Min. Admar Gonzaga, 27 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 178.849/MT**. O conjunto de indícios, especialmente o documentalmente lastreado, dono de harmonia e convergência, pode ensejar a procedência da ação eleitoral. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 07 de novembro de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 621334/MS**. Em sede de ação de impugnação de mandato eletivo, faz-se necessária a presença de acervo probatório contundente no sentido de que tanto a prática de corrupção eleitoral como a de abuso do poder econômico tiveram potencialidade para influenciar o resultado das eleições. Relator: Min. Dias Toffoli, 24 de março de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 938324**. Fatos anteriores ao registro de candidatura podem configurar uso indevido dos meios de comunicação social. O uso indevido caracteriza-se na espécie pela veiculação de nove edições do Jornal Correio do Vale, no período de março a julho de 2010, nos formatos impresso e eletrônico, com propaganda eleitoral negativa e graves ofensas pessoais a candidatos. Relatora: Min. Fátima Nancy Andrigh, 01 de agosto de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 191942/AC**. A compreensão da reserva legal proporcional exige que a Justiça Eleitoral, para não se substituir à vontade do eleitor, considere a cassação de diploma de detentor de mandato eletivo apenas quando apresentadas provas robustas admitidas em direito de abuso de poder greve o suficiente a ensejar essa sanção. Com a edição da LC 135/2010, o reconhecimento do abuso gera também a inelegibilidade pelo prazo de oito anos, o que faz com o a proporcionalidade exija maior atenção. Relator Min. Gilmar Mendes, 08 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0000010-32.2015.6.03.0000/AP**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a

hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0000005-36.2015.6.20.0000**. Não há elementos que demonstrem que houve de fato uso de tempos evangélicos com fins eleitorais e distribuições de combustíveis aos votantes no dia da eleição. A cassação de diploma exige a comprovação do abuso de poder por meio de provas robustas. Relator: Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, 25 de agosto de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0000938-87.2010.6.27.0000**. É cabível recurso ordinário se o processo versar sobre matéria que possa ensejar cassação de registro ou de diploma estadual ou federal, tenha ou não havido procedência do pedido. Comprovada a utilização em benefício de candidato, a cessão ou uso de bens públicos, mesmo dissociada da sua finalidade, pode configurar a conduta vedada prevista no art. 73, I da Lei 9.504/97. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 25 de agosto de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0002227-8.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0002229-52.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário,

uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2209-61.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2220-90.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2227-82.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2230-37.2014.6.03.0000**. Embora o conjunto fático principal seja o mesmo para as oito ações, não há plena identidade de provas entre aquelas julgadas em primeiro lugar e as posteriores, tendo sido feitas novas oitivas de testemunhas, além de busca e apreensão de documentos. Igualmente não existe identidade das consequências jurídicas das ações. Ademais, quando do julgamento das demais ações, não tinha ocorrido, como ainda não ocorreu, o trânsito em julgado das duas AIMEs. Assim, não estavam os participantes do segundo julgamento vinculados ao resultado do primeiro, pois este era precário, uma vez que sujeito a recursos para o TSE. A discussão sobre existência ou não de litispendência e a alteração do entendimento do tribunal a quo não têm relevância prática no caso concreto, já que todos os processos estão sendo julgados em conjunto pelo TSE. Em tese, é possível a hipótese de prova do ilícito eleitoral forte apenas em prova testemunhal. O que o art. 368-A do Código Eleitoral veda é a perda do mandato com prova testemunhal exclusiva e singular, ou seja, não se admite a perda de mandato com base exclusivamente no depoimento de uma única pessoa. Não é o caso dos autos, porém, onde há, também, prova documental, em especial da celebração e renovação de um grande número de contratos por prazo determinado, supostamente para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 0002250-28.2014.6.03.0000/AP**. Não havendo plena identidade de provas, inexistente litispendência. A prova testemunha produzida em conjunto com documentos dos autos que demonstram a contratação excessiva de empregados temporários antes da eleição e sua demissão após ela basta a justificar a cassação do mandato. Somente candidato pode ser condenado pela captação ilícita de sufrágio. Relatora: Min. Rosa Weber, 06 de abril de 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 2622-47.2010.6.27.0000**. Não há vedação para a pessoa física do candidato contrair empréstimos junto a terceiro e aportar, a título

de recursos próprios, o montante em sua campanha. A representação do art. 30-A da Lei 9.504/97 exige para sua procedência juízo de proporcionalidade. Relatora: Min. Luciana Lóssio, 24 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 3230-08.2010.6.14.000/PA**. Para que se possa chegar à cassação do diploma não basta verificar a prática de ilícitos administrativos. É necessário que as irregularidades possuam correlação com o pleito eleitoral. Ademais, a prova da conduta imputada precisa ser robusta. Relator: Min. Henrique Neves, 09 de maio de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 938-87.5010.6.27.000**. Seja o acórdão regional de procedência ou improcedência do pedido, ou mesmo que tenha acolhido preliminar extinguindo o processo, sempre caberá recurso ordinário se o caso versar sobre inelegibilidade e cassação de mandato ou diploma. Relator: Min. Arnaldo Versiani, 19 de março de 2009.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Pará. **Representação 3230.08.2010.6.14.0000**. O uso pelo candidato e seus apoiadores da máquina pública, com a utilização de servidores, bens, banco de dados e sistemas para conferir benefícios irregulares a pescadores, constitui conduta vedada e abuso de poder político. Ação de impugnação de mandato eletivo e representação por conduta vedada julgadas procedentes. Relator: Juiz André Ramy Pereira Bassalo, 01 de setembro de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação 1176/DF**. É exigível que os fatos articulados na Representação Eleitoral tenham a potencialidade de influir no resultado do pleito. Sem ela, haverá somente comunicação de mera bagatela, que não gerará atuação jurisdicional. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 26 de junho de 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Representação 665-22**. A jurisprudência do TSE adota a teoria da asserção na análise das condições da ação. Relator: Min. Herman Benjamin, 01 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.376**, de 01 de março de 2012. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros, e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2012/RES233762012.htm>. Acesso em: 04 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.406**, de 27 de fevereiro de 2014. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros, e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2014. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2014/normas-e-decisoes/normas-e-documentacoes/resolucao-no-23.406>. Acesso em: 04 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução 23.748**. Estabelece diretrizes para a aplicação do Novo Código de Processo Civil no âmbito da Justiça Eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-478-de-10-de-maio-de-2016-2013-brasilia-2013-df>. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula 24**. Não cabe recurso especial para simples exame do conjunto fático-probatório. Relator: Min. José Dias Toffoli, 24 de julho de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Urna eletrônica 25 anos**: lançado em 1996, equipamento é o protagonista da maior eleição informatizada do mundo. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Maio/urna-eletronica-25-anos-lancado-em-1996-equipamento-e-o-protagonista-da-maior-eleicao-informatizada-do-mundo>. Acesso em: 27 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Admar Gonzaga toma posse como ministro efetivo do TSE**. Abr. 2017. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Abril/admar-gonzaga-toma-posse-como-ministro-efetivo-do-tse>. Acesso em: 22 dez. 2001.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Por 4 votos a 3, Plenário nega pedido de cassação da chapa Dilma-Temer**. Jun. 2017. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Junho/por-4-votos-a-3-plenario-do-tse-decide-pela-nao-cassacao-da-chapa-dilma-e-temer>. Acesso em: 22 dez. 2001.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ministro Tarcísio Vieira toma posse como titular do TSE nessa terça-feira**. Maio 2017. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Maio/ministro-tarcisio-vieira-toma-posse-como-titular-do-tse-nesta-terca-feira-9>. Acesso em: 04 jan. 2022.

BURTON, Steven J. Professor MacCormick's claim regarding universalisation in Law. In: FARALLI, C.; PATTARO, E. (Eds.). **Reason in Law**. Milan: Dottore A. Giuffrè, 1988, v. II.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 106, p. 263–314, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. Oxford: Oxford University Press, 1921.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e Prática do Direito Eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

CEBRAP. Centro Brasileiro de Análise e Pesquisa. Núcleo de Direito e Democracia. **Esfera pública e efetividade do Direito, um estudo sobre a formação e a aplicação da legislação antirracista no Brasil**. 2007. Disponível em: <https://cebrap.org.br/pesquisas/esfera-publica-e>

efetividade-do-direito-um-estudo-sobre-a-formacao-e-a-aplicacao-da-legislacao-anti-racista-no-brasil/. Acesso em: 14 jan. 2022.

CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COSTA, E. J. DA F. **Levando a imparcialidade a sério**. Salvador: Juspodium, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil coletivo**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

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

GARCIA, E. **Abuso de poder nas eleições: meios de coibição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

GRESTA, Roberta Maia. O problema da identidade entre ações eleitorais: da litispendência e da coisa julgada à ação temática eleitoral. **Revista Ballot**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 286-312, 2016.

HABERMAS, Jurgen. **Between Facts and Norms**. Tradução de W. Rehg. Cambridge: Polity, 1996.

HABERMAS, Jurgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Sorthe. São Paulo: Editora WMP Martins Fontes, 2012, p. 23.

HARE, Richard M. **The Language of Morals**. Oxford: Oxford University Press, 1952.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HUME, David. **An Abstract of a book lately published, entitled Treatise of Human Nature**. Tradução de Rachel Gutiérrez e José Sotero Caio. Florianópolis: Editora Paraulap, 1994.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPodivm, 2014.

KAUFMANN, Arthur. **Läßt sich die Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs auffassen?** In *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens*. Ed. H. Jung and H. Müller-Dietz, 15–24. Cologne: Heymanns, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSELLECK, Reinhardt. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto/ PUC-Rio, 2006.

KRELL, A. J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 19, p. 295–320, 2014.

KRELL, A. J. Breves considerações sobre a função da lógica na interpretação e aplicação do direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, v. 2, n. 7, p. 1–12, 2016.

KRELL, A. J.; KRELL, Olga. A importância do raciocínio retórico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 244-271, 2016.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução de Eneida Vieira Santos; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIMA JÚNIOR, Edmilson Rufino de. Litispêndência nas ações eleitorais de cassação: análise doutrinária e jurisprudencial. **Revista Democrática**, v. 6, 2020.

LUCY, W. **Adjudication**. The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LYRA, Paulo de Tarso. Nos últimos 10 anos, TSE só pediu cassação de mandato de três governadores. **Correio Brasiliense**, 2017. Disponível em: https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/politica/2017/04/03/interna_politica,585593/governadorescassados-pelo-tse.shtml. Acesso em: 10 out. 2017.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: An Essay in Legal**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. 2nd. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

MACCORMICK, Neil. **Practical reason in law and morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc, 2005.

MACHADO, Marta R. de Assis; GUARANHA, Olívia Landi C. Dogmática jurídica encarnada: a disputa interpretativa em torno das medidas protetivas de urgência e suas consequências para a vida das mulheres. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 16, n. 3, set./dez. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/83274> Acesso em: 06 mar. 2022.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Fraude às cotas de gênero: notas aos(as) ministros(as) do Tribunal Superior Eleitoral (REspe 193-92.2016.6.18.0018)**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/06/06/fraude-cotas-de-genero/>. Acesso em: 07 jun. 2019.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos; ALMEIDA, J. T. O CPC/2015 e sua aplicação subsidiária e suplementar ao processo judicial eleitoral. **Revista de Estudos Eleitorais**, v. 2, n. 3, p. 55–67, 2018.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar; GONET, Paulo; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHELON JR., Claudio. “MacCormick’s Institutionalism between Theoretical and Practical Reason”. **Diritto & questioni pubbliche**, n. 9, p. 53-62, 2009, p. 60-61. Disponível em: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/index.htm. Acesso em: 02 fev. 2020.

MORAES, Renato José de. Que tipo de saber é o direito? Entre a ciência, a prudência e a técnica. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, p. 83-111, jan./abr. 2017, p. 107. Disponível em: <http://re-vistas.ufpr.br/direito/article/view/47451>. Acesso em: 30 abr. 2017.

NEUMAN, Ulfrid. **Juristische Argumentationslehre**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

- NISS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Ações eleitorais: atualidades sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada. **Revista Ballot**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 251-279, 2015.
- PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PERELMAN, Chäim; OLBRECHT-STYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERIN, Fabrício Diesel. Função e fundamentação da justificação por dedução na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Porto Alegre, p. 72-102, jul./dez. 2017.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte geral**. Campinas-SP: Bookseller, 2000.
- POPPER, Karl. **The logic of scientific discovery**. London: Routledge, 2005
- PORTANOVA, R. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- RABELO QUEIROZ, Rafael Mafei. Uma teoria do raciocínio para a Teoria do Direito. **Revista Direito FGV**, v. 3, n. 2, p. 331- 338, jul./dez. 2007, p. 331. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9670/Rafael%20Mafei%20Rabelo%20Queiroz.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jul. 2021.
- RODRIGUES, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. São Paulo: FGV Editora, 2013.
- ROESLER, Cláudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais, p. 21-44. In: ROESLER, C.; HARTMAN, F.; REIS, I. (Org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018, v. 2.
- ROSS, Alf. **On law and justice**. Tradução de Uta Bindereiter. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SCHIAVELLO, A. Neil MacCormick teorico del diritto e dell'argomentazione giuridica. **Ricerche di Giurisprudenza Analitica**, p. 307-345, 1998.

SCHOLTEN, Annemarie Zand. “**Quantitative Method**”: 1.02 Origins: Scientific method. Universidade de Amsterdam, 2021. Disponível em: https://d396qusza40orc.cloudfront.net/solidsciencemethods/Video%20lecture%20transcripts/English/1_Origins.pdf. Acesso em: 04 abr. 2021.

SCHOLTEN, Annemarie Zand. “**Quantitative Method**”: 2.03 Scientific method: Criteria. Universidade de Amsterdam, 2021. Disponível em: <https://www.coursera.org/learn/quantitative-methods/lecture/HFVih/2-03-criteria>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SILVA, José Virgílio da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A prática deliberativa do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: FAPESP, 2011-2014. Disponível em: <https://bv.fapesp.br/pt/auxilios/35188/a-pratica-deliberativa-no-supremo-tribunal-federal/>. Acesso em: 02 dez. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? o papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 1, n. 1, p. 180–200, 2015a.

SILVA, Virgílio Afonso da. De quem divergem os divergentes: os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 47, p. 205–225, 2015b.

SILVA, Virgílio Afonso da. O relator dá voz ao STF?: uma réplica a Almeida e Bogossian. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, p. 648–669, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Do we deliberate? If so, how? **European Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 209–240, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Big Brother is watching the court: effects of TV broadcasting on judicial deliberation. **Verfassung und Recht in Übersee**, v. 51, n. 2, 2018.

SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**. Tradução de Lya Luft. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso** – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARUFFO, Michele. **Precedente e Giurisprudenza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

TENÓRIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral**. São Paulo: Método, 2014.

TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). **O pensamento de Alexy como sistema**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TOULMIN, S. **The Uses of Argument**. New York: Cambridge University Press, 2003.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1997.

WASSERSTROM, R. A. **The judicial decision - Toward a Theory of Legal Justification**. Stanford, CA: Stanford University Press, 1961.

WELLMAN, V. A. Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an Adequate Theory Justification. **University of Colorado Law Review**, v. 57, p. 45-115, 1985.

WHITE, Patricia. Philosophy and Law: Some Observations on MacCormick's Legal Reasoning and Legal Theory. **Michigan Law Review**, n. 78, p. 737-742, 1979-1980.

WINCH, Peter. **The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy**. 2. ed. London and New York: Routledge in Great Britain and Humanities Press International, Inc. in the United States of America, 1960.

WRÓBLEWSKI, J. Paradigms of justifying legal decisions. *In*: PECZENIK, A.; LINDAHL, L.; ROERMUND, B. V. (Eds.). **Theory of Legal Science**. Dordrecht: Springer Netherlands, 1984.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 2. ed. Curitiba: Verbo Jurídico, 2010.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

**ANEXO A – TABELA COM AS AÇÕES UTILIZADAS NA AMOSTRA (SAMPLING
FRAME)**

Categoria pesquisada	Número dos autos
AIME e RO em AIME	0000007-61.2015.6.00.0000 (caso Dilma/Temer)
AIME e RO em AIME	0600001-25.2019.6.05.0000
AIME e RO em AIME	0601403-89.2018.6.01.0000
AIME e RO em AIME	0601423-80.2018.6.01.0000
AIME e RO em AIME	0600001-25.2019.6.05.0000
AIME e RO em AIME	0005370-03.2014.6.13.0000
AIME e RO em AIME	0000009-47.2015.6.03.0000
AIME e RO em AIME	0002250-28.2014.6.03.0000
AIME e RO em AIME	0002229-52.2014.6.03.0000
AIME e RO em AIME	0002227-82.2014.6.03.0000
AIME e RO em AIME	0002230-37.2014.6.03.0000
AIME e RO em AIME	0002209-61.2014.6.03.0000
AIME e RO em AIME	0000010-32.2015.6.03.0000
AIME e RO em AIME	0002220-90.2014.6.03.0000
AIME e RO em AIME	0002211-31.2014.6.03.0000
AIME e RO em AIME	0000005-36.2015.6.20.0000
AIME e RO em AIME	0000296-59.2014.6.24.0000
AIME e RO em AIME	0002735-60.2007.6.25.0000
AIME e RO em AIME	0002752-48.2010.6.23.0000
AIME e RO em AIME	0000009-80.2011.6.14.0000
AIME e RO em AIME	0003230-08.2010.6.14.0000
AIME e RO em AIME	0006213-34.2010.6.12.0000
AIME e RO em AIME	0003714-50.2010.6.13.0000
AIME e RO em AIME	RO 1453 - BELÉM - PA
AIME e RO em AIME	RO 1540 - BELÉM - PA
AIME e RO em AIME	RO 799 - SÃO PAULO - SP
AIME e RO em AIME	RO 534 - CUIABÁ - MT
AIME e RO em AIME	RO 31 - RIO DE JANEIRO - RJ
AIJE e RO em AIJE	0601779-05.2018.6.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0601782-57.2018.6.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0601969-65.2018.6.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0601862-21.2018.6.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0601823-24.2018.6.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0601864-88.2018.6.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0601967-95.2018.6.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0601754-89.2018.6.00.0000

AIJE e RO em AIJE	0601851-89.2018.6.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0601575-58.2018.6.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0001943-58.2014.6.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0002241-93.2014.6.02.0000
AIJE e RO em AIJE	0601868-16.2018.6.22.0000
AIJE e RO em AIJE	0601409-96.2018.6.01.0000
AIJE e RO em AIJE	0601423-80.2018.6.01.0000
AIJE e RO em AIJE	0601403-89.2018.6.01.0000
AIJE e RO em AIJE	1804402-01.4624.0.00.0000
AIJE e RO em AIJE	0005376-10.2014.6.13.0000
AIJE e RO em AIJE	0007634-25.2014.6.19.0000
AIJE e RO em AIJE	0008003-19.2014.6.19.0000
AIJE e RO em AIJE	0002032-97.2014.6.03.0000
AIJE e RO em AIJE	0005370-03.2014.6.13.0000
AIJE e RO em AIJE	0002188-47.2014.6.08.0000
AIJE e RO em AIJE	0002250-28.2014.6.03.0000
AIJE e RO em AIJE	0002220-90.2014.6.03.0000
AIJE e RO em AIJE	0000010-32.2015.6.03.0000
AIJE e RO em AIJE	0002209-61.2014.6.03.0000
AIJE e RO em AIJE	0002211-31.2014.6.03.0000
AIJE e RO em AIJE	0002230-37.2014.6.03.0000
AIJE e RO em AIJE	0002229-52.2014.6.03.0000
AIJE e RO em AIJE	0002227-82.2014.6.03.0000
Ações versando sobre o art. 73	0600818-68.2018.6.25.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000372-75.2016.6.08.0027
Ações versando sobre o art. 73	0608867-66.2018.6.19.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000003-57.2017.6.14.0002
Ações versando sobre o art. 73	0600085-29.2020.6.13.0045
Ações versando sobre o art. 73	0601560-21.2020.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 73	0608809-63.2018.6.19.0000
Ações versando sobre o art. 73	0601380-05.2020.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 73	0600824-75.2018.6.25.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000476-43.2016.0.62.6067
Ações versando sobre o art. 73	1804402-01.4624.0.00.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000002-84.2017.6.10.0034
Ações versando sobre o art. 73	0000283-53.2016.6.19.0057
Ações versando sobre o art. 73	0007634-25.2014.6.19.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000576-11.2016.6.06.0081
Ações versando sobre o art. 73	0000323-72.2016.6.21.0156
Ações versando sobre o art. 73	0000243-89.2016.6.13.0105

Ações versando sobre o art. 73	0002032-97.2014.6.03.0000
Ações versando sobre o art. 73	0001277-61.2014.6.25.0000
Ações versando sobre o art. 73	0001274-09.2014.6.25.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000045-35.2016.6.13.0337
Ações versando sobre o art. 73	0000415-84.2016.6.26.0132
Ações versando sobre o art. 73	0005193-39.2014.6.13.0000
Ações versando sobre o art. 73	AgR-RO 519339
Ações versando sobre o art. 73	0000036-11.2016.6.24.0000
Ações versando sobre o art. 73	0002229-52.2014.6.03.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000220-33.2016.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 73	0002246-61.2014.6.04.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000133-48.2012.6.18.0087
Ações versando sobre o art. 73	0000394-41.2010.6.04.0000
Ações versando sobre o art. 73	0002650-41.2014.6.21.0000
Ações versando sobre o art. 73	9998976-14.2008.6.13.0000
Ações versando sobre o art. 73	0001194-73.2014.6.06.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000587-38.2012.6.26.0141
Ações versando sobre o art. 73	0000270-08.2012.6.21.0035
Ações versando sobre o art. 73	0000383-12.2012.6.19.0198
Ações versando sobre o art. 73	0000336-45.2012.6.24.0086
Ações versando sobre o art. 73	0000105-20.2014.6.13.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000547-54.2012.6.20.0034
Ações versando sobre o art. 73	0001089-74.2012.6.13.0064
Ações versando sobre o art. 73	0001466-16.2012.6.13.0009
Ações versando sobre o art. 73	0042232-85.2008.6.20.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000719-23.2012.6.19.0034
Ações versando sobre o art. 73	0000397-92.2012.6.24.0024
Ações versando sobre o art. 73	0000750-37.2012.6.13.0284
Ações versando sobre o art. 73	0000695-41.2012.6.09.0044
Ações versando sobre o art. 73	0000435-75.2012.6.20.0005
Ações versando sobre o art. 73	0002604-09.2014.6.19.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000682-54.2012.6.13.0004
Ações versando sobre o art. 73	0002735-60.2007.6.25.0000
Ações versando sobre o art. 73	0004766-87.2006.6.25.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000822-03.2012.6.16.0070
Ações versando sobre o art. 73	0054102-80.2008.6.18.0066
Ações versando sobre o art. 73	0000038-56.2010.6.18.0000
Ações versando sobre o art. 73	0042675-57.2009.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000425-12.2012.6.26.0410
Ações versando sobre o art. 73	0000461-79.2012.6.24.0064

Ações versando sobre o art. 73	0000531-75.2012.6.16.0046
Ações versando sobre o art. 73	0003230-08.2010.6.14.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000009-80.2011.6.14.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000108-06.2012.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 73	0042897-25.2009.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 73	0006213-34.2010.6.12.0000
Ações versando sobre o art. 73	0029714-51.2008.6.20.0000
Ações versando sobre o art. 73	0002826-75.2010.6.24.0000
Ações versando sobre o art. 73	0001696-77.2010.6.23.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000938-87.2010.6.27.0000
Ações versando sobre o art. 73	0042072-81.2009.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 73	0038294-06.2009.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 73	0004599-10.2010.6.15.0000
Ações versando sobre o art. 73	AgR-REspe 35831
Ações versando sobre o art. 73	AgR-REspe 28433
Ações versando sobre o art. 73	RO 1540
Ações versando sobre o art. 73	EDcl-RO 1497
Ações versando sobre o art. 73	RO 1497
Ações versando sobre o art. 73	AgR-AI 9093
Ações versando sobre o art. 73	REspe 28007
Ações versando sobre o art. 73	REspe 28040
Ações versando sobre o art. 73	REspe 27998
Ações versando sobre o art. 73	AgR-AI 8668
Ações versando sobre o art. 73	REspe 27737
Ações versando sobre o art. 73	REspe 26945
Ações versando sobre o art. 73	REspe 28395
Ações versando sobre o art. 73	AgR-AI 7968
Ações versando sobre o art. 73	REspe 25805
Ações versando sobre o art. 73	AgR-REspe 25770
Ações versando sobre o art. 73	REspe 26905
Ações versando sobre o art. 73	REspe 26875
Ações versando sobre o art. 73	0007634-25.2014.6.19.0000
Ações versando sobre o art. 73	0001274-09.2014.6.25.0000
Ações versando sobre o art. 73	0002229-52.2014.6.03.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000394-41.2010.6.04.0000
Ações versando sobre o art. 73	0002650-41.2014.6.21.0000
Ações versando sobre o art. 73	0001194-73.2014.6.06.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000105-20.2014.6.13.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000547-54.2012.6.20.0034
Ações versando sobre o art. 73	0002604-09.2014.6.19.0000

Ações versando sobre o art. 73	0002735-60.2007.6.25.0000
Ações versando sobre o art. 73	0004766-87.2006.6.25.0000
Ações versando sobre o art. 73	0003230-08.2010.6.14.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000009-80.2011.6.14.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000108-06.2012.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 73	0006213-34.2010.6.12.0000
Ações versando sobre o art. 73	RO 2362
Ações versando sobre o art. 73	0002826-75.2010.6.24.0000
Ações versando sobre o art. 73	0001696-77.2010.6.23.0000
Ações versando sobre o art. 73	0000938-87.2010.6.27.0000
Ações versando sobre o art. 73	0004599-10.2010.6.15.0000
Ações versando sobre o art. 73	RO 1453
Ações versando sobre o art. 73	RO 1497
Ações versando sobre o art. 73	REspe 27737
Ações versando sobre o art. 30-A	0601467-76.2018.6.27.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0603726-45.2018.6.09.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0601627-96.2018.6.20.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0600002-04.2019.6.16.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0600005-07.2019.6.25.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0600001-08.2019.6.20.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0601616-19.2018.6.11.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000006-86.2015.6.14.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0003172-63.2014.6.14.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000006-86.2015.6.14.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000006-86.2015.6.14.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0600706-40.2018.6.20.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0002188-47.2014.6.08.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000012-39.2015.6.16.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0002622-47.2010.6.27.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000012-33.2015.6.27.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000001-91.2013.6.17.0116
Ações versando sobre o art. 30-A	0000151-69.2014.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0047142-16.2008.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000010-54.2011.6.18.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000010-54.2011.6.18.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0022953-77.2010.6.26.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000005-81.2011.6.09.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000393-22.2011.6.04.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000003-40.2011.6.26.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000555-57.2013.6.00.0000

Ações versando sobre o art. 30-A	0002623-32.2010.6.27.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000017-46.2011.6.18.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000018-21.2011.6.04.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0007114-68.2006.6.11.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0004434-82.2010.6.07.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0001947-10.2010.6.01.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000006-82.2011.6.12.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000010-54.2011.6.18.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000008-74.2011.6.04.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0000006-82.2011.6.12.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0002745-56.2010.6.23.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0002746-41.2010.6.23.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0007123-30.2006.6.11.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0007114-68.2006.6.11.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0018740-28.2010.6.26.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	0031784-45.2007.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	AgR-RO 2325
Ações versando sobre o art. 30-A	RO 1453 - BELÉM - PA
Ações versando sobre o art. 30-A	RO 1523 - GOIÂNIA - GO
Ações versando sobre o art. 30-A	0000469-48.1997.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	AgR-RO 1500
Ações versando sobre o art. 30-A	RO 1679 - PALMAS - TO
Ações versando sobre o art. 30-A	RO 1454 - FIRMINÓPOLIS - GO
Ações versando sobre o art. 30-A	RO 1635 - NATAL - RN
Ações versando sobre o art. 30-A	0047197-64.2008.6.00.0000
Ações versando sobre o art. 30-A	RO 1540 - BELÉM - PA
Ações versando sobre o art. 30-A	RO 1498 – VILA VELHA - ES
Ações versando sobre o art. 30-A	RO 1596 - BELO HORIZONTE - MG
Ações versando sobre o art. 30-A	RO 2339 - SÃO PAULO - SP