

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Doações para campanha eleitoral

Paulo Henrique dos Santos Lucon¹

1. O financiamento privado de campanhas

O sistema eleitoral brasileiro funda-se no financiamento privado de campanha. Assim, com essa premissa, as doações de recursos por pessoas físicas e jurídicas a partidos políticos ou coligações constituem elemento essencial e indispensável para a realização das eleições, uma vez que sem estas os donatários não teriam meios suficientes para divulgar com a necessária amplitude os nomes dos candidatos nem tampouco suas plataformas de atuação e governo.

A legislação eleitoral só vem a evidenciar esse aspecto. Nessa linha, o art. 19 da Lei das Eleições (Lei n. 9.504/97) estabelece que *“até dez dias úteis após a escolha de seus candidatos em convenção, o partido constituirá comitês financeiros, com a finalidade de arrecadar recursos e aplicá-los nas campanhas eleitorais”*. Na sequência, o art. 20 dispõe que *“o candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha, usando recursos repassados pelo comitê, elativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, na forma estabelecida nesta Lei”*.

¹ - Advogado. Professor Doutor de Direito Processual na FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Especializou-se em direito processual civil na Universidade Estatal de Milão. Diretor do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL - IBDP. Membro do INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL - IIDP e da *INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAW*. Juiz do Tribunal Regional Eleitoral. lucon@lucon.adv.br e www.lucon.adv.br.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Pelo prisma do candidato, é inegável que a simples doação de recursos por pessoas físicas ou jurídicas a partidos políticos ou coligações não constitui qualquer espécie de infração ou irregularidade.

Entretanto, do ponto de vista do doador, existem limitações quantitativas impostas às pessoas físicas e jurídicas previstas respectivamente nos artigos 23, § 1º, inciso I e 81, § 1º, da Lei 9.504/97. Tais limitações têm como único escopo assegurar a legitimidade dos pleitos eleitorais, evitando que grandes doadores possam privilegiar partidos políticos ou coligações transformando esse abuso do poder econômico em forma de desequilíbrio das disputas eleitorais, ante o inequívoco poder de influência da propaganda eleitoral para a captação dos eleitores.

Nessa linha, o escopo primordial das iniciativas judiciais previstas nos artigos 19 e 22 da Lei Complementar 64/90 é demonstrar a potencialidade lesiva apta a desequilibrar as eleições em razão da conduta abusiva, cabendo ao demandante demonstrar a anormalidade e ilegitimidade das eleições.

Na Constituição Federal, contra o abuso do poder econômico, há a previsão da *ação de impugnação de mandato eletivo*, por meio da qual “o mandato eleito poderá ser impugnado ante à Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou *fraude*”.

Diante de tal arcabouço jurídico, percebe-se que a Justiça Eleitoral, como uma das guardiãs do regime democrático adotado pelo artigo 1º da Constituição Federal, tem como escopo permitir a realização de eleições livres, garantindo a normalidade e a legitimidade dos pleitos contra a influência do poder econômico ou o abuso do poder político ou administrativo.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assim, ressalvada expressa previsão normativa, correto está o entendimento segundo o qual a missão essencial da Justiça Eleitoral se encerra com a conclusão do processo eleitoral, ou seja, com a diplomação dos candidatos eleitos, não se justifica o prolongamento dos conflitos até como forma de pacificação institucional e permitir a partir de então o regular desenvolvimento das atividades políticas e administrativas em todos os seus graus.

Em muitos aspectos, como adiante se constatará, a diplomação como última fase do processo eleitoral constitui seu termo *ad quem*.

2. Ausência de justificativa ética e moral para a multa por excesso de doação

Nessas condições, tem-se que a doação não constitui conduta antijurídica, mas seu excesso como forma capaz de constituir eventual abuso do poder econômico apto a provocar o desequilíbrio das eleições e a comprometer a sua normalidade. Por esse prisma, uma vez concluído o processo eleitoral não há justificativa para que a apuração e a apenação do eventual descumprimento das limitações legais seja estendida para além do processo eleitoral e indefinidamente para após a diplomação dos eleitos, já que a partir de então os efeitos das doações irregulares seriam duvidosos para os propósitos do direito eleitoral.

Se de um lado, é certo que a aplicação das sanções estabelecidas respectivamente nos § 3º do artigo 23 e §§ 2º e 3º do artigo 81, da Lei 9.504/97, tem o caráter moralizador; de outro, não há nada mais imoral que a circunstância objetiva de que os beneficiários das pesadas sanções pecuniárias são os próprios donatários já privilegiados com doações irregulares, pois os valores dessas multas são destinados ao Fundo Partidário (artigo 105, § 1º, da Lei das Eleições). Há, portanto, um problema intrínseco, de formação, relativo à própria ética e moral da norma.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

3. A tormentosa questão dos prazos

A partir da diplomação dos candidatos eleitos, a legislação eleitoral prevê apenas duas medidas judiciais a serem intentadas. São elas: o recurso contra expedição de diploma e a ação de impugnação de mandato eletivo. Enquanto o recurso contra expedição de diploma pode ser movido no prazo de 3 (três) dias após a diplomação, *ex vi* do art. 264 do Código Eleitoral; a ação de impugnação de mandato eletivo somente pode ser ajuizado no prazo de 15 (quinze) dias contados da diplomação (Constituição Federal, art. 14, § 10).

O argumento de que não haveria dados disponíveis para a propositura de demanda questionando as doações até a data da diplomação não procede, já que a legislação eleitoral prevê a apresentação de contas parciais durante a campanha. Como se não bastasse, a lei também prevê que a prestação de contas definitiva deve ser apresentada até 30 (trinta) dias após a realização do pleito, ou seja, em tempo razoável e anterior à ocorrência da diplomação. A propósito, é preciso ter-se sempre em mente que a celeridade dos processos eleitorais é diretiva prevalente no direito eleitoral, sob pena de gerar insegurança institucional desejável ao provocar verdadeira eternização dos pleitos.

No que concerne à ação de investigação judicial eleitoral fundada em abuso de poder econômico e político, a construção do prazo para a sua propositura decorre de profunda interpretação jurisprudencial. O Col. Tribunal Superior Eleitoral já apontou o prazo em reiterados julgados:

“1. O rito previsto no art. 22 da Lei Complementar n° 64/90 não estabelece prazo decadencial para o ajuizamento da ação de investigação judicial eleitoral. Por construção jurisprudencial, no âmbito desta C. Corte Superior, entende-se que as ações de investigação judicial eleitoral que tratam de abuso de poder econômico e

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON**Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

político podem ser propostas até a data da diplomação porque, após esta data, restaria, ainda, o ajuizamento da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) e do Recurso Contra Expedição do Diploma (RCED). (REspe n° 12.531/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1°9.1995; RO n° 401/ES, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 1°9.2000, RP n° 628/DF, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, DJ de 17.12.2002). O mesmo argumento é utilizado nas ações de investigação fundadas no art. 41-A da Lei 9.504/97, em que também assentou-se que o interesse de agir persiste até a data da diplomação (REspe 25.269/SP, Rel. Min. CAPUTO BASTOS, DJ de 20.11.2006). Já no que diz respeito às condutas vedadas (art. 73 da Lei n° 9.504/97), para se evitar o denominado "armazenamento tático de indícios", estabeleceu-se que o interesse de agir persiste até a data das eleições, contando-se o prazo de ajuizamento da ciência inequívoca da prática da conduta. (QO no RO 748/PA, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, DJ de 26.8.2005; REspe 25.935/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Rel. Designado Min. CEZAR PELUSO, DJ de 20.6.2006).

2. Não houve a criação aleatória de prazo decadencial para o ajuizamento das ações de investigação ou representações da Lei n° 9.504/97, mas sim o reconhecimento da presença do interesse de agir. Tais marcos, contudo, não possuem equivalência que justifique aplicação semelhante às hipóteses de incidência do art. 30-A da Lei 9.504/97. Esta equiparação estimularia os candidatos não eleitos, que por ventura cometeram deslizes na arrecadação de recursos ou nos gastos de campanha, a não prestarem as contas. Desconsideraria, ainda, que embora em caráter

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

excepcional, a legislação eleitoral permite a arrecadação de recursos após as eleições (Art. 19, Resolução-TSE nº 22.250/2006). Além disso, diferentemente do que ocorre com a apuração de abuso de poder e captação ilícita de sufrágio não há outros instrumentos processuais - além da ação de investigação judicial e representação - que possibilitem a apuração de irregularidade nos gastos ou arrecadação de recursos de campanha (art. 30-A da Lei 9.504/97). Assim, tendo sido a ação ajuizada em 5.1.2007, não procede a pretensão do recorrente de ver reconhecida a carência de ação do Ministério Público Eleitoral em propor a representação com substrato no art. 30-A da Lei nº 9.504/97. Tendo em vista que a sanção prevista pela violação ao mencionado dispositivo representa apenas a perda do mandato, sua extinção é que revela o termo a partir do qual não mais se verifica o interesse processual no ajuizamento da ação” (TSE, RO n. 1.540 – Rel. Min. FÉLIX FISHER) (grifei).

4. Segue: o prazo para as representações relativas às doações

Note-se que no caso antes transcrito, relatado pelo Ministro FÉLIX FISHER (TSE, RO n. 1.540), reconheceu-se a não incidência do prazo porque a sanção atinge o próprio candidato beneficiário da arrecadação ilegal de recursos, pelo que só então se justificaria a extensão do seu prazo até a data da conclusão do mandato eletivo.

Dois prazos distintos, um para o doador e outro para o donatário, em relação a uma mesma conduta (doação), viola a isonomia prevista no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. A igualdade é garantia que tem prevalência sobre outras e encontra respaldo na cláusula do devido processo legal. Lembre-se

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

de que na experiência da *common law*, gradativamente, tal cláusula passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade.²

5. Impossibilidade material: o correto entendimento do TSE

Na legislação eleitoral, há um prazo que gera verdadeira impossibilidade material para a correta aferição da regularidade das doações: o art. 32 da Lei 9.504/97 estabelece que *“até cento e oitenta dias após a diplomação, os candidatos ou partidos conservarão a documentação concernente a suas contas”*.

As contas constituem relevante prova de eventual irregularidade na doação e esse aspecto resta claro a partir da análise dos autos de inúmeros processos (representações) em que formulados requerimentos para que se fizessem traslados de documentos constantes das prestações de contas apresentadas por candidatos ou partidos políticos.

É evidente que tal prazo tem fins eleitorais direta e prevalentemente relacionados com as campanhas eleitorais, sem prejuízo de outros, como fiscais, mas que nenhuma relação tem com a Justiça Eleitoral.³

Como visto, a falta de previsão legal em relação ao prazo para a propositura de certa medida no âmbito

² - V. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 58; JOSÉ ALFREDO BARACHO, “Processo e Constituição: o devido processo legal”, in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, p. 90; PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “Devido processo legal substancial”, in **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, Buenos Aires, 2002, vol. 2, pp. 239 e ss.

³ - Cfr., a propósito, RENATO VENTURA RIBEIRO, **Lei Eleitoral Comentada**, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 221.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON**Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

eleitoral não impediu que a jurisprudência assim disciplinasse o prazo. Tal se deu com base em interpretação lógico-sistemática das medidas judiciais legalmente previstas e principalmente, pela consideração da verdadeira razão de ser da Justiça Eleitoral, isto é, aquilo que dá sentido e torna útil, pelo aspecto substancial, a intervenção estatal nesse campo (a garantia da legitimidade das eleições).

É, portanto, bastante elucidativa a limitação imposta pelo Tribunal Superior Eleitoral para a propositura de investigação judicial fundada na alegação de *abuso de poder*, em suas diferentes modalidades, conforme disposições da Lei Complementar 64/90.

A regra inscrita no art. 81 da Lei 9.504/97 – que serve de fundamento à representação por excesso de doação – só pode ser entendida como mecanismo tendente a impedir o abuso do poder econômico.

Aliás, as sanções de caráter político e civil decorrem da prática de conduta considerada pela lei como abusiva e assim, nociva à legitimidade do pleito. Não é à-toa que a situação retratada pelo art. 81 da Lei 9.504/97 está no mesmo contexto a que alude o parágrafo único do art. 19 da Lei Complementar 64/90.

Observe-se que as sanções previstas para a prática de abuso do poder econômico ou político também podem atingir terceiros (“...de quantos hajam contribuído para a prática do ato”) e desse modo, não apenas os candidatos; nem por isso, contudo, a jurisprudência deixou de estabelecer o referido limite cronológico.

Recentemente, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que o prazo para a propositura de representações fundadas em excesso de doação é de 180 (cento e oitenta) dias contados a partir da diplomação (TSE, RE n. 36.552, Rel. Min. MARCELO RIBEIRO, m.v., j. 6.5.2010, *in* DEO de 28.5.2010). Nessa linha, houve a preocupação de se definir o prazo a partir da

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

impossibilidade material de correta aferição dos fatos, levando em conta o já referido art. 32 da Lei n. 9.504/97. Pelo aludido dispositivo, o candidato e os partidos políticos devem conservar os documentos relativos à suas contas até 180 (cento e oitenta) dias contados da diplomação.

6. Investigações fundadas no art. 41-A

Lembre-se ainda também das investigações fundadas no art. 41-A da Lei 9.504/97, baseadas na alegação de *captação ilícita de sufrágio*, conforme decidido nos autos do RE 25269-SP, Relator Ministro CAPUTO BASTOS, igualmente lembrado no julgamento do RO 1.540, acima mencionado. Analogamente ao que se passa no caso do art. 81 daquele mesmo diploma legal, o art. 41-A também prevê a imposição de sanção pecuniária; nem por isso, todavia, abriu-se a possibilidade para a cobrança de tais valores em momento ulterior à consolidação do pleito eleitoral.

Cita-se também, a propósito, o julgado a seguir, também do Tribunal Superior Eleitoral:

“RECURSO ORDINÁRIO. Eleições 2006. Representação. (Art. 41-A da Lei n. 9.504/97). Cassação dos diplomas. Deputados Federal e Estadual. Assistencialismo. Albergues. Hospedagem gratuita. Descaracterização. Captação de sufrágio. Pedido de votos. Ausência. Recurso provido.

1. A representação fundada no art. 41-A da Lei n. 9.504/97 pode ser aforada até a data da diplomação. Preliminar de preclusão rejeitada.

(...)

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

4. Recursos providos para afastar as penas de cassação dos diplomas e de multa” (TSE, RO n. 1367-RS, Rel. Min. MARCELO RIBEIRO, DJE de 17.6.2009, pp. 4-5).

7. Condutas vedadas

Não é possível também ignorar que a jurisprudência estabeleceu limite cronológico em relação às assim denominadas *condutas vedadas* (art. 73 da Lei 9.504/97), fixando a data das eleições como marco final para a configuração do interesse de agir, consoante decisão já referida, proferida nos autos da QO no RO 748/PA, Relator Ministro CARLOS MADEIRA e nos autos do RE 25.935-SC, Relator designado Ministro CEZAR PELUSO, sendo esse julgado em 20.6.2006. A lembrança é relevante porque: I) as denominadas *condutas vedadas* – como também ocorre no caso do art. 81 – levam à imposição de sanção pecuniária (art. 73, § 4º), mas a cobrança com esta relacionada não é admitida depois da realização do pleito e; II) a sanção aí também não se dirige necessariamente a candidato, mas sim a agente público.

A gravidade das condutas previstas no art. 73 da Lei 9.504/97 – muitas das quais podem até mesmo eventualmente produzir efeitos fora da seara eleitoral, por configurarem atos de improbidade administrativa – não pode ser tida como substancialmente inferior à gravidade da situação prevista pelo art. 81.

A grande realidade é que as duas disposições buscam preservar a legitimidade do pleito e se no caso do art. 73, a interpretação lógico-sistemática da legislação eleitoral conduz ao entendimento de que eventuais ilicitudes escapem ao controle judicial após a consolidação das eleições, não há razão de

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

ordem teleológica ou sistemática que justifique tratamento diferenciado em relação ao que dispõe o art. 81.

8. Propaganda irregular

Lembre-se ainda dos casos de representações fundadas no art. 37 da Lei 9.504/97, com fundamento na alegação de *propaganda eleitoral irregular*, nos quais a jurisprudência firmou entendimento de que deixa de existir interesse de agir para a demanda após as eleições, consoante se extrai do julgado no RP n. 1343, Rel. Min. CAPUTO BASTOS, que foi lembrado e reafirmado no recente julgamento do RE 28066, Relator Ministro CARLOS AYRES BRITTO.

Não é possível, destaque-se, criar prazo decadencial ou mesmo exercer indevida função legislativa. Mas é preciso reconhecer que a intervenção útil da jurisdição eleitoral considera relevantíssima a consolidação do pleito e que a multa prevista pela lei tem uma função de coerção e inibição, dissuadindo a pessoa da prática da conduta ilícita. É preciso igualmente reconhecer que o objetivo do dispositivo legal é preservar a legitimidade do pleito, já que a sua consolidação é reiteradamente consagrada pelo sistema eleitoral como marco importantíssimo.

O citado exemplo da propaganda eleitoral é elucidativo e pertinente já que na hipótese do art. 45 da Lei n. 9.504/97 a sanção pecuniária – como analogamente ocorre no caso do art. 81 – é, mais uma vez, *dirigida exclusivamente a terceira pessoa*, conforme disposição de seu parágrafo 2º.

9. Multa aplicável a terceiro não protagonista do processo eleitoral

Como já dito, a circunstância de a multa recair sobre “terceiro” – não protagonista direto do processo

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

eleitoral em seu sentido mais restrito, porque não destinatário do sufrágio – não é suficiente, ao ver da própria lei, para justificar que a possibilidade de cobrança remanesça mesmo depois de consolidado o pleito eleitoral, com o ato de diplomação. Nesse sentido, cita-se julgado do Col. Tribunal Superior Eleitoral:

“Agravos Regimentais. Agravo de Instrumento. Recurso Especial. Representação. Propaganda Eleitoral. Rádio. Prazo para propositura. Sanções aplicáveis.

1. A representação para apurar prática de propaganda irregular pode ser ajuizada até a realização do pleito. Precedentes” (TSE, Ag. n. 8053-PR, Min. Eros Grau, DJ 5.9.2008, p. 16).

Como decidiu o E. Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento da RP n. 1341, de que foi relator o Ministro CARLOS AYRES BRITTO, se o conhecimento de representações fundadas em condutas vedadas – de que podem decorrer cassação de registro ou diploma – propostas após as eleições é afastado, “com maior razão não se deve conhecer das representações fundadas no art. 37 da Lei Eleitoral, quando intentadas após as eleições, porque, aqui, a procedência do pedido acarreta – no máximo – aplicação de multa”.

10. Conclusão parcial

Portanto, por clara analogia, o mesmo pode ser dito com relação às demandas fundadas nos arts. 23 e 81 da Lei n. 9.504/97, cuja procedência poderia levar também à imposição de multa.

Os dispositivos legais que tratam da multa estão inseridos na Lei das Eleições e constam como regra transitória intimamente relacionada com a campanha eleitoral (v. *caput* dos arts. 23 e 81). A multa é, inequivocamente, fenômeno

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

decorrente da campanha eleitoral e ao que tudo indica, provisório, já que deve haver (e é imperativo que haja) nova disciplina acerca do financiamento das campanhas eleitorais.

11. Falta de interesse pelo aspecto substancial

É de rigor reconhecer-se, com a superveniência da diplomação e a falta de obrigatoriedade dos candidatos ao pleito de manter os documentos relativos às contas (impossibilidade material), *ex vi* do art. 32 da Lei das Eleições, a falta de interesse de agir em razão do decurso do tempo.

O interesse processual ou interesse de agir refere-se sempre à utilidade que o provimento jurisdicional pode trazer ao demandante. Como observou LIEBMAN, o interesse processual é “a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”.⁴

Para a comprovação do interesse processual, primeiramente, é preciso a demonstração de que sem o exercício da jurisdição, por meio do processo, a pretensão não pode ser satisfeita. Daí surge a necessidade concreta da tutela jurisdicional e o interesse em obtê-la (interesse-necessidade). O interesse processual pressupõe, além da correta descrição da alegada lesão ao direito material, a aptidão do provimento solicitado para protegê-lo e satisfazê-lo. Portanto, cabe ao demandante escolher o procedimento e o provimento adequados à situação fática deduzida (interesse-adequação). Somente assim o exame de sua pretensão poderá ocorrer.

O custo econômico e social do processo exige a coincidência entre o interesse primário do Estado e aquele do demandante. O processo deve consagrar os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo e sem essa coincidência que se

⁴ - **Manual de direito processual civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1985, n. 74, p. 155.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

traduz na utilidade da prestação jurisdicional, não há interesse de agir diante do sistema jurídico.⁵

A falta de interesse de agir em virtude do tempo decorrido acarretaria a conclusão de extinguir o processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267, VI do Código de Processo Civil. No entanto, na verdade, a falta de interesse de agir a que alude a jurisprudência construída em torno de temas como condutas vedadas e propaganda eleitoral irregular vincula-se à inutilidade da multa, dentro das premissas e do modo e funcionamento do sistema eleitoral. Por isso é que nesses casos, a falta de interesse de agir vincula-se a um aspecto de direito material eleitoral, já que a multa, em razão de certo interregno temporal, não é mais exigível. Não se cogita aqui de ulterior superveniência de termo ou condição apta a propiciar o afastamento da inexigibilidade.

Na lição de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “o reconhecimento da ilegitimidade ou da falta de interesse processual pressupõe exame da relação material e a solução dada também produz efeitos para fora do processo, que devem ser atingidos pela imutabilidade”. Assim, “do ponto de vista substancial, qualquer juízo sobre a relação de direito material adquire certo grau de imutabilidade”.⁶

Como já se sustentou,⁷ as condições da ação relacionam-se com as questões de mérito que devem ser lógica e necessariamente analisadas a fim de permitir que o pedido deduzido pelo demandante possa ser apreciado. Nessa linha, as condições da ação aproximam-se do mérito, mas não o integram. Na verdade, a “distinção entre os requisitos da pretensão alegada e os requisitos da ação (direito abstrato), corresponde, em última

⁵ - Cfr. DINAMARCO, **Execução civil**, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 405.

⁶ - V. **Efetividade do processo e técnica processual**, São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 336-337.

⁷ - LUCON, “Novas tendências na estrutura fundamental no processo civil”, in **Revista do Advogado**, publicação em homenagem ao Professor Celso Neves, São Paulo, novembro de 2006, vol. 88.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON**Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

análise, à diferença, posta em relevo pela doutrina alemã, entre requisitos referentes ao *mérito principal* (*Hauptsache*) e pressupostos referentes ao mérito (*Sache*), mas não ao mérito principal. Deve o juiz, aceitando provisoriamente as afirmações feitas pelo autor – *si vera sint exposita* – apreciar preliminarmente a existência das condições da ação, julgando, na ausência de uma delas, o autor carecedor de ação; só em seguida apreciará o mérito principal, isto é, a procedência ou improcedência da ação”.⁸

A ausência de qualquer uma delas provoca a extinção do processo e o provimento emanado tem, na maior parte das situações, repercussões externas ao processo. Por isso, as condições da ação, embora não se referiam propriamente ao mérito, que é o objeto do processo e está ligado à pretensão processual, inserem-se em uma idéia maior de técnica processual, na medida em que propiciam uma solução célere para o conflito, e prestigiam a integração do fenômeno direito material e processo.

Partindo de uma perspectiva voltada para a efetividade do processo, tem-se que o processo é um método de

⁸ - MACHADO GUIMARÃES, “Carência de ação”, in **Estudos de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro, 1962, p. 73. CELSO NEVES corretamente afirmava que o problema das condições da ação é fronteiro, na linha de limite entre o processual e o material, porém mais dominado por este, enquanto relacionado com a *res in iudicium deducta* (**Estrutura fundamental do processo civil**, Rio de Janeiro, Forense, 1995, n. 98, p. 124). SUSANA HENRIQUES DA COSTA afirma corretamente que “ao se entender as condições da ação como categoria puramente processual, nega-se a própria essência do instituto que é sempre buscada na relação jurídica de direito material. Além disso, a sentença de carência de ação constitui, por decorrência lógica, sentença terminativa que não aprecia a pretensão do autor e não pacifica definitivamente as relações sociais. Por outro lado, a conclusão de que as condições da ação são questões de mérito é mais benéfica em dois aspectos. Primeiramente, corresponde à verdadeira natureza jurídica da categoria, ou seja, questões buscadas na relação jurídica de direito material. Em segundo lugar, transforma a sentença de carência em sentença de mérito, que aprecia a pretensão do autor, resolvendo o litígio...” (**Condições da ação**, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 143).

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON**Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

solução de conflitos fundado nas garantias e princípios constitucionais, por isso constitui um instrumento, permeado pela técnica, que tem como objetivo a justa composição do litígio com a correta atuação da vontade da lei. O grande objetivo do processo passa pela análise do mérito, mas nem sempre o mérito pode ser analisado. Antes de julgar o mérito, o juiz deve examinar duas categorias de questões, denominadas genericamente de requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito: os pressupostos processuais (que servem para verificar se o instrumento é, em si, apto a se desenvolver) e as condições da ação (que servem para verificar se o instrumento é apto à solução daquela específica questão de direito material).

Essa premissa dá a (falsa) impressão de que se ausentes os pressupostos processuais ou as condições da ação, não é possível haver julgamento de mérito. No entanto, apesar do positivado no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso reconhecer que as condições da ação são questões de mérito porque, para que se verifique a presença de qualquer delas, o juiz deve se valer da relação jurídica de direito material. Daí a razão pela qual as condições da ação estão ligadas a essas questões, que devem ser resolvidas como um antecedente lógico para a solução do pedido formulado pelo demandante.

Em razão dessa linha muito tênue entre as condições da ação e o mérito é que surge o problema de saber se a sentença de carência de ação faz ou não coisa julgada. E é óbvio que aqui se trata da coisa julgada material, pois coisa julgada formal é fenômeno endoprocessual ao qual todas as sentenças, resolvendo ou não o mérito, estão sujeitas. Por isso, a ausência de qualquer das condições da ação não impede, em absoluto, a apreciação do mérito. Há, na verdade, na sua ausência, sentença de improcedência (ou seja, resolução de mérito), pois a exigibilidade da multa é questão de mérito.

Seguindo essa linha de raciocínio voltada à utilidade, a condenação ao pagamento de quantia certa (a multa) não está dentro dos objetivos da Justiça Eleitoral. A Justiça Eleitoral

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

não é um órgão arrecadador ou coletor de multas, pois ela busca a superação dos conflitos e a consequente pacificação social nas eleições. Se o pleito já está consolidado, não há coincidência entre o interesse que move o demandante e o interesse que norteia a atuação jurisdicional.

12. Sanção de inelegibilidade e não contratação com o poder público

Nos casos de representação ajuizada em face de pessoa jurídica, a aplicação da pesada sanção de não contratação com o poder público depende da prova do elemento subjetivo, o que demanda ampla dilação probatória.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que nos casos de improbidade administrativa há a necessidade de prova do elemento subjetivo para a aplicação das sanções de proibição de contratar ou de inelegibilidade.⁹ Na verdade, a ação de improbidade administrativa e a imensa maioria das ações eleitorais tem caráter repressivo, já que se destinam, fundamentalmente, a aplicar sanções político-civis de natureza pessoal aos responsáveis por atos, no primeiro caso, de improbidade administrativa (art. 12 da Lei n. 8.492), e no segundo caso, ilícitos eleitorais (no caso do presente estudo, qual seja, na representação por excesso de doação, art. 81, § 3º da Lei n. 9.504/97).¹⁰

⁹ - Nesse sentido: STJ, REsp n. 875.425-RJ, rel. Min. Denise Arruda, 1ª T., v.u., j. 9.12.2008; STJ, REsp n. 734.984-SP, rel. para o acórdão Min. Luiz Fux, in DJe de 16.6.2008; STJ, REsp n. 658.415-RS, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, in DJ de 3.8.2006; STJ, 1ª T., REsp n. 604.151-RS, Rel. para o acórdão Min. Teori Zavaski, in DJ de 8.6.2006; STJ, REsp n. 626.034-RS, 2ª T., Rel. Min. João Octávio de Noronha, in DJ de 5.6.2006, p. 246.

¹⁰ - Nessa mesma linha, especificamente em relação à ação de improbidade administrativa, v. STJ, RESP n. 1163643; 2009/0207385-8, rel. Min. Teori Zavaski, in DJE de 30.3.2010.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Nunca é demais lembrar que as circunstâncias fáticas que permeiam o caso também exigem do intérprete a aplicação do princípio da proporcionalidade, seja no que se refere à aplicação do tempo da sanção de inelegibilidade, seja no que concerne aos limites governamentais e ao tempo da sanção de não contratação com o poder público. Se o ato ímprobo se deu no âmbito municipal, sancionar a parte de não contratar com todos os entes públicos é desproporcional e nada razoável. Além disso, a sanção pode inviabilizar uma empresa, o que constitui atentado à ordem econômica.

Voltando à questão da doação, o art. 81, § 3º, é claro ao destacar a necessidade de ampla produção de provas ao descrever a “proibição de participar de licitações públicas e de celebrar contratos como o Poder Público pelo período de cinco anos, por determinação da Justiça Eleitoral, em processo no qual seja assegurada ampla defesa”. Esse aspecto demonstra até mesmo a incindibilidade da relação jurídica em relação às partes do processo eleitoral.

13. Necessária comparação com os abusos cometidos por emissoras de rádio e televisão: a multa no contexto eleitoral

O abuso cometido por emissoras de rádio e de televisão não é menos grave do que o abuso econômico que possa estar contido em doações acima do limite legal, tal como previsto pelos tantas vezes citados arts. 23 e 81; a experiência mostra que o mais provável é o contrário, dado o impacto que têm aqueles meios de comunicação.

Na propaganda eleitoral, o ato base é sempre praticado no período eleitoral e em tese até se poderia falar na subsistência do interesse de agir para se cobrar multa depois daquele momento (desde que reconhecida por meio idôneo).

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON**Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Por esse prisma, considerado apenas o aspecto da cobrança de valores (que revertem para o Fundo Partidário), em tese o provimento seria útil. Entretanto, nesse caso, o processo seria utilizado como instrumento a favor dos partidos políticos, tendo como demandante o Ministério Público Eleitoral. Não há nessa hipótese defesa do interesse público primário (interesse de todos, indistintamente), já que findas as eleições.

A partir da análise do *legítimo interesse de agir*, a imposição das sanções legais, após a realização do pleito, não é útil.

Assim, pelas particularidades do sistema eleitoral, no qual se prestigia sensivelmente a celeridade, há falta de interesse de agir para a demanda depois da data das eleições em razão do objetivo que a multa desempenha no sistema eleitoral de desestimular a prática do ilícito (caráter inibitório).

Fora do contexto eleitoral, a multa em tela perde seu escopo de inibir a prática de condutas abusivas, sendo acertado o posicionamento de que, após as eleições ou a diplomação, a cobrança de tais valores nenhuma relação tem com os fundamentos do Direito Eleitoral.

A cobrança de multa depois das eleições é alargar as atribuições da Justiça Eleitoral para além dos limites impostos pela Constituição Federal.

Esse entendimento não deixa impune aqueles que tenham cometido abuso do poder econômico nas eleições, que poderá ser reconhecido na via adequada, com os meios de prova a ela inerentes.

Por outro lado, a celeridade já destacada do sistema eleitoral e seu forte sistema preclusivo e de vida e exigibilidade dos direitos existem para prestigiar a segurança do sistema, com a estabilidade dos pleitos.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Em síntese, a interpretação da Lei Eleitoral deve ser coerente.

A cobrança de multa a qualquer tempo desvirtua a competência da Justiça Eleitoral e significaria aplicar regras gerais sobre prescrição diante da Fazenda Pública (no caso, cinco anos, conforme disposições constantes das Leis 9.873/99 e 8.429/92, por exemplo). Por tudo isso, é inadmissível esse posicionamento simplesmente porque não houve previsão legal expressa acerca do prazo extintivo para a propositura de tal representação.

A aplicação subsidiária somente é autorizada quando lacuna houver no sistema eleitoral a partir de uma interpretação lógico-sistemática. E não é o caso. Entendimento contrário, propiciaria, como dito, um alargamento, não desejado pela Constituição Federal, do âmbito de atribuições da Justiça Eleitoral.

14. Prazo para a cassação de mandato eletivo por infidelidade partidária

Nos processos tendentes à cassação de mandato eletivo por infidelidade partidária (casos nos quais também o tradicional limite temporal da diplomação acabou sendo superado), não se deixou a propositura da demanda ao sabor do interessado por tempo expressivo. Pelo contrário, o parágrafo 2º do art. 1º da Resolução TSE 22.610 foi peremptório ao estabelecer o exíguo prazo de trinta (30) dias a contar do ato de desligamento, prazo esse só extensível no caso de inércia do partido, com a possibilidade, então de ajuizamento pelo Ministério Público ou terceiro interessado, mas ainda assim em sucessivos – e também exíguos – trinta (30) dias.

15. Competência da Justiça Eleitoral e seus limites

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Dúvida pertinente há a respeito da natureza da *multa por excesso* ao doador. Ela, afinal de contas, seria fiscal ou eleitoral?

Segundo a jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça, demandas ajuizadas após a diplomação do candidato eleito, como aquela voltada à cassação do mandato eletivo, tradicionalmente não competiam à Justiça Eleitoral.¹¹ Ainda que assim não o seja, é fato que esta justiça especializada não se presta à possibilidade indefinida de propositura de medidas fundadas em processos eleitorais já consolidados. Considerar o contrário, representaria risco para a segurança jurídica e também para as próprias instituições do país.

Afastada a intervenção útil da Justiça Eleitoral após a consolidação do pleito, seria possível ressalvar pedido de aplicação da multa por excesso de doação perante a Justiça Comum, na linha da jurisprudência segundo a qual é lá que devem ser feitos pleitos ulteriores ao ato de diplomação (*cfr.* STJ, CC 67914, j. 25.6.8, Relatora Ministra DENISE ARRUDA).

Por não atingir os candidatos aos cargos públicos, a multa tem natureza unicamente fiscal (de duvidosa constitucionalidade), característica essa que determina não ser do âmbito de atribuições da Justiça Eleitoral a exigência de seu pagamento. Por esse prisma, se o excesso de doação não é imoral mas apenas ilegal, a multa não tem nenhuma razão de ser para o direito eleitoral.

16. Caráter confiscatório da multa e a inviabilização da atividade econômica

¹¹ - V. glosas de THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO GOUVÊA, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 81, nota 1 ao art. 121 da Constituição Federal.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON**Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Outro aspecto a ser suscitado diz respeito ao nítido caráter confiscatório da multa estabelecida no § 2º do art. 81 da Lei n. 9.504/97, já que a multa pode superar os rendimentos anuais de pessoa física e jurídica, bem como superar até mesmo em 300% (trezentos por cento) o valor do tributo devido em relação aos rendimentos auferidos. É de se lembrar que a multa eleitoral de tal dispositivo é, na sua essência, sancionatória, tendo igualmente um caráter pedagógico. Descarta-se totalmente seu caráter coercitivo, que viabilizaria a sua fixação em valor elevado, podendo superar em muito os limites aqui mencionados. Assim, tendo em vista sua natureza sancionatória, não pode a multa eleitoral, sequer em tese, superar 300% (trezentos por cento) o valor do tributo devido em razão do faturamento. O confisco previsto no § 2º do art. 81 da Lei n. 9.504/97 encontra barreiras constitucionais (CF, art. 150, inc. IV), sendo necessário o reconhecimento *incidenter tantum* de inconstitucionalidade da norma.

Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade relatada pelo Il. Min. Ilmar Galvão, “a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade do mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente” (STF, Pleno, ADIN n. 551/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, j; 24.12.2002). O mesmo raciocínio vale para o caso, pois a multa pode ser fixada no valor de cinco a dez vezes a quantia que exceder os 2% (dois por cento) do faturamento bruto do ano anterior à eleição. A vedação constitucional do confisco extrapola as multas tributárias, pois se aplica também a todo exercício ilegítimo do poder que venha, pelo confisco, a inviabilizar a ordem econômica. Lembre-se que o *caput*, do art. 170, da Constituição Federal prega que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Inadmissível, portanto, multa eleitoral sancionatória que possa ultrapassar até mesmo o faturamento bruto anual de pessoa física ou jurídica. Como dito na referida Ação Direta de

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON**Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Inconstitucionalidade, “a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-a a título de tributação. Tal limitação ao poder de tributar estende-se, também, às multas decorrentes de obrigações tributárias, ainda que não tenham elas natureza de tributo” (novamente, STF, Pleno, ADIN n. 551/RJ, rel. Min. ILMAR GALVÃO, j; 24.12.2002).

Há um outro ponto a ser apresentado: toda sanção, seja qual for a sua natureza substancial, pecuniária ou não exige a análise de sua **necessidade**, **adequação** e **proporcionalidade**. Esse trinômio funda-se na razoabilidade, em termos amplos, constitucionalmente tutelada.

No caso, a sanção à doação em limites superiores ao legalmente permitido, verifica-se a sua **necessidade**, uma vez que é imperativo se coibir doação a políticos de fontes duvidosas.

Entretanto, pelo aspecto da **adequação**, a sanção prevista no ordenamento jurídico eleitoral não parece ser a mais pertinente, já que a doação em limite superior (ou mesmo inferior) a dois por cento de seu faturamento bruto no exercício anterior ao da eleição não significa que a fonte seja duvidosa ou mesmo impede que doações duvidosas ou ocultas ocorram. Em certos casos, como em determinadas pessoas jurídicas que optam pelo lucro presumido, doações em valores superiores a dois por cento de seu faturamento bruto não significam, em absoluto, que sejam elas originadas de fonte duvidosa. Portanto, a sanção prevista em lei não é a mais adequada para evitar ou mesmo coibir a doação de fontes espúrias. De *lege ferenda*, seria melhor, para a preservação da legitimidade do processo eleitoral, preocupação maior da Justiça Eleitoral, sancionar o candidato beneficiado, seu mandato ou mesmo sua condição de elegibilidade. Mas não é só.

Além disso, verifica-se que a sanção imposta não é nada **razoável**, já que pode exceder em muito o próprio faturamento do doador e inviabilizar a realização de seu objeto

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

social. Imaginemos uma doação de 15% por cento do faturamento bruto de determinada pessoa jurídica. A multa a ser aplicada poderá atingir, em tese, o valor correspondente a 130% do faturamento bruto (dez vezes o excesso de 2%). Nesse aspecto, a sanção aplicada passa ao largo da razoabilidade pois, pelas razões expostas no fundamento anterior, tem a capacidade de inviabilizar uma célula produtiva da sociedade. A razoabilidade deve levar em conta o valor excedente e nunca multiplicá-lo por cinco a dez vezes. O mesmo se diga em relação à vedação de contratar com o Poder Público ou participar de licitações por até cinco anos. A sanção viola o princípio da razoabilidade, que encontra respaldo no devido processo legal substancial. Essa grave sanção deve ser repensada e se mantida, aplicada de modo a não inviabilizar a atividade econômica.

17. A questão do sigilo fiscal

Nesse aspecto, é preciso rever posicionamento,¹² já que o sigilo fiscal somente pode ser quebrado por ordem judicial. Como se sabe, a prova ilícita, consoante o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, é inadmissível.

No que se refere ao Direito Eleitoral e ao tema das doações, o Ministério Público não pode obter diretamente da Receita Federal dados sobre o faturamento e rendimento de doadores a partidos e candidatos. Há a necessidade de ordem judicial específica. Sem decisão judicial, em homenagem ao sigilo e à intimidade, a prova há de ser considerada ilícita.

¹² - Correto, portanto, o entendimento dos julgadores do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo que defenderam a preservação do sigilo fiscal em diversas representações. V., por todos, TRE-SP, Representação n. 16788, promovida pelo Ministério Público Eleitoral em face de Agrocentro Empreendimentos e Participações Ltda., Rel. Juiz Flávio Yarshell.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON**Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal “a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria, ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decreta, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira”.¹³

O Tribunal Superior Eleitoral entende que a Receita Federal deve informar, sem dar números, se o doador ultrapassou o limite, desde que provocada pelo *parquet*. Com esse dado, seria possível ingressar com a ação eleitoral e obter por meio de ordem judicial os dados completos em relação ao excesso (TSE, RESPE 28746, rel. Min. MARCELO RIBEIRO, j. 29.4.2010, m.v.). Para melhor especificar, o Ministério Público deve verificar as contas do candidato, a fim de constatar de quem este recebeu as doações. Levantado os dados dos doadores, deve ser pelo *parquet* requerido à Receita Federal para que informe se houve excesso de doação, que não poderá apresentar os valores ao Ministério Público, mas aguardar determinação judicial em devido processo legal para se apurar justamente o excesso de doação.

18. Conclusões

¹³ - STF – Pleno - HC 84758/GO – Rel. Min. CELSO DE MELLO – J. 25/05/06, DJ 16/06/06, p.-00005.

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON**Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

O direito eleitoral está intimamente relacionado com a ordem constitucional e sobretudo, com o devido processo legal, seja ele procedimental ou substancial. Por isso, em que pese ser a celeridade diretiva importantíssima, o processo é essencialmente garantístico. Soma-se a isso que em todo e qualquer processo eleitoral não penal, principalmente naqueles que importam a aplicação de sanções político-civis, como é o caso da representação por excesso de doação, deve o juiz procurar analisar de forma minudente os fatos que permeiam o caso e verificar se é possível atingir o denominado “*standart* de prova *clara e convincente*”, que é “marcado por ser mais rigoroso do que a mera ‘preponderância de provas’ própria dos litígios civis comuns”.¹⁴

¹⁴ - v. DANILO KNIJNIK, **A prova nos juízos cível, penal e tributário**, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 38-39.