

Breves notas sobre o quinquídio decadencial das representações do art.96 da lei eleitoral

Adriano Soares da Costa*

1. A Questão de Ordem no Recurso Ordinário nº 748: esboço do tema.

O presente texto busca fazer uma análise jurídica da criação pretoriana de prazo decadencial para a Representação prevista no art.96 da Lei nº 9.504/97, fixado em cinco dias do fato ilícito, bem como dos aspectos processuais dela decorrente.

Em questão de ordem, suscitada no julgamento do Recurso Ordinário nº 748, que se tornou um leading case na Justiça Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral, em decisão por maioria (vencidos os Ministros Marco Aurélio e César Asfor Rocha), achou por bem resolver um suposto vácuo legislativo que pairava sobre a matéria, fixando o prazo decadencial de cinco dias para o aforamento de Representações, em Acórdão desta forma ementado: “Representação eleitoral. Condutas vedadas. Lei nº 9.504/97, art. 73. Questão de ordem. Acolhimento. – O prazo para o ajuizamento de representação por descumprimento das normas do art. 73 da Lei das Eleições é de cinco dias, a contar do conhecimento provado ou presumido do ato repudiado pelo representante. – Recurso ordinário. Representação. Intempestividade. Recurso desprovido” .

Ao revés de suposições em contrário, que até hoje existem em diversos pronunciamentos de membros da Procuradoria Geral Eleitoral, o TSE manteve esse

entendimento fixado na Questão de Ordem, aplicando-o às sanções do art. 73 e excluindo-o na hipótese do art. 41-A da Lei das Eleições: “Recurso Especial. Art.41-A da Lei nº 9.504/97. Prazo para propositura da representação. Recurso ordinário nº 748. Questão de ordem. Inaplicabilidade ao caso. Captação ilícita e sufrágio. Reexame de prova. Incidência da Súmula nº 279 do STF. Constitucionalidade do dispositivo. Não conhecimento do recurso. – No julgamento do RO nº 748, definiu-se, em questão de ordem, que o prazo para o ajuizamento de representação por descumprimento das normas do art. 73 da Lei das Eleições é de cinco dias contados da prática do ato ou data em que o interessado dele tomar conhecimento. – Hipótese em que a aferição do conhecimento dos fatos não foi objeto de discussão em nenhum momento. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do STF. – No mérito, o TRE examinou os fatos impugnados e concluiu pela existência de captação ilícita de sufrágio. Questão devidamente circunstanciada cuja revisão nesta instância esbarra no óbice da Súmula nº 279 do STF. – A jurisprudência deste Tribunal Superior está consolidada quanto à constitucionalidade do art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Precedentes. – Recurso não conhecido” .

Como se pode observar da Questão de Ordem suscitada pelo então Ministro Luis Carlos Lopes Madeira, a razão da necessidade da fixação de um prazo decadencial para o manejo da representação estaria no estoque de demandas eleitorais para serem manejadas apenas após o resultado do pleito, que ensejaria uma deturpação da finalidade das ações eleitorais. O caso sob julgamento, que suscitou aquela Questão de Ordem, levou o relator a afirmar que: “Não há prazo para a propositura da representação. Todavia, aguardar que as eleições se realizem, sob tamanha e pública influência, desqualifica a representação, que se faz abusiva e desconectada do interesse público”. Por essa razão, obtemperou o Ministro: “Proponho seja definido o prazo para o ajuizamento das representações pertinentes às condutas vedadas a que se refere a Lei nº 9.504/97, estabelecendo-se as datas das respectivas eleições — primeiro ou segundo turno, salvo se a conduta houver sido praticada na antevéspera, véspera, ou no próprio dia das eleições, para o que haveria o prazo de três dias, contado do ato”.

Em seguida, votou o Ministro Caputo Bastos, não apenas adotando a necessidade de fixação de prazo decadencial como propondo fosse ele de 48 horas, a exemplo do que havia sido fixado para a propaganda eleitoral, na Representação nº 443. Diante desses posicionamentos e depois de pedido de vista, o Ministro César Peluso fez a seguinte reflexão: “A lei não prevê prazo. Há precedente que nega pudesse a Corte estabelecê-lo em termos de decadência, adotando analogia com prazo de resposta, que não seria pertinente, dadas a assimetria e a distinção dos casos (REspe nº 15.322, rel. Min. Eduardo Ribeiro). Parece, contudo, haver hoje consenso na Corte quanto à necessidade de fixação de prazo. Mas tenho que não seria de decadência, senão de caracterização ou reconhecimento de interesse processual no uso de reclamação. Isto é, a hipótese seria de termo após o qual, à vista do decurso inútil de prazo razoável como fato superveniente, típico de condescendência dos legitimados, já estaria diluída a necessidade de recurso à Jurisdição, como elemento do interesse de agir. A inação induz presunção de ausência de risco ao princípio da isonomia entre os candidatos e, pois, de lesão jurídica. De todo modo, a solução é de juízo prudencial da Corte” . Prosseguindo o seu raciocínio, afirmou Peluso: “Ora, partindo-se do pressuposto de que, à luz do art. 73, caput, e do seu § 4º é imperioso fazer cessar desde logo o comportamento permanente proibido e ilícito, tendente a comprometer a igualdade de oportunidades entre os candidatos, está justificada a necessidade de fixação de prazo para uso do remédio processual capaz de impedir-lhe a continuidade danosa ao valor normativo sob tutela e, ao mesmo tempo, não menos a necessidade de que seja pronto o ajuizamento da reclamação”. E, desse modo, concluiu: “Daí, ousaria, data vênua, sugerir um só prazo, de cinco dias, a contar não da prática do ato que configure a situação ilícita repudiada pela lei, mas de seu conhecimento provado ou presumido, pois há não raros casos em que, diferentemente deste, pode o legitimado não ter tido ciência imediata do ilícito, como aventou o Ministro Fernando Neves no julgamento da Representação nº 443. Aguardar até as eleições, a meu juízo, para distinguir prazos, seria contrariar as razões mesmas que, nessa representação, ditaram o estabelecimento de prazo”. O prazo seria fixado, consoante se observa, a partir do evento atacado, desde que fosse ele público.

Por essa razão, a fixação do prazo decadencial não poderia ser adotada sem ponderações requeridas pelo caso concreto. Assim, asseverou Peluso: “Mas há outras circunstâncias em que o fato pode tornar-se temporariamente desconhecido pelo legitimado. Recordo-me, ao examinar precedentes, de que o Ministro Fernando Neves fez referência a um outdoor, por exemplo. Pode ser que a criação de um outdoor ilícito escape ao conhecimento imediato do interessado, o qual, a partir do momento em que tome conhecimento, pode ainda tomar providências úteis”. E adiante: “Se o fato é público, o interessado toma conhecimento, fica silencioso, se omite, a impressão é de que não vê nenhum risco à igualdade de oportunidades, que sua situação parece, pois, invulnerável. Se, amanhã ou depois, vem a perder a eleição, recorre? Se o faz, o procedimento é oportunista, não compatível com a finalidade dos remédios processuais”.

Após um longo debate sobre a conveniência e possibilidade de criação ex novo de um prazo decadencial para a representação, Marco Aurélio proferiu o seu voto divergente e vencido, em termos que merecem ser refletidos: “Senhor Presidente, perdoem-me os colegas o arroubo de retórica - ainda não estou no Congresso Nacional, peço vênia para não caminhar no sentido de fixar prazo. Ocorre, no caso, uma verdadeira fixação de prazo. Não somos convocados para aplicar a lei, porque a lei a respeito é silente, e o Tribunal sempre a observou, tal como ela se contém hoje. Eleger e pinçar por este ou aquele critério, ainda que repousando na razoabilidade, um prazo, é passo demasiadamente largo. Peço vênia para entender que não cabe ao Tribunal a fixação, sob pena de olvidar-se a separação de poderes e vejo envolvimento de matéria constitucional no caso”. O Ministro Humberto Gomes de Barros rejeitou que a criação daquele prazo fosse o estabelecimento de um prazo decadencial, nesse passo seguindo a tese de Peluso, esgrimindo o seguinte raciocínio em favor da tese da maioria: “Em verdade, não se trata de estabelecer o prazo, mas simplesmente de presumir que, ultrapassado aquele tempo razoável para se fazer a representação, que se tem como desinteressante, ou como inexistente, prejuízo ao representante”.

Com a fixação de um prazo decadencial pela Corte, ainda que alguns neguem essa natureza, passou-se a ter um sério problema de direito intertemporal. Poderia esse prazo

criado pela Questão de Ordem ser aplicado aos casos já submetidos à apreciação do Poder Judiciário? Diante da aquiescência de alguns, o Ministro Marco Aurélio demonstrou perplexidade: “Fui informado pelo relator que, muito embora o Ministério Público tenha entrado tempos após o acontecimento glosado pelo art. 73, não haverá aplicação nesse caso. Isso só informa que se passa a atuar no campo legiferante, porque não se está interpretando a lei para aplicação no caso concreto. Estar-se-á realmente legislando sobre o tema e acho perigosíssimo da parte do Tribunal fazer isso sem que seja, sequer, via resolução para disciplinar as eleições. Uma coisa seria a atuação do Tribunal, no exame global, no exame em tese da matéria. Mas, apregoados o processo, no caso concreto, atuar em tese?”. E adiante: “Imagine-se que a questão de ordem, a definição, seja indispensável ao julgamento. Mas será algo conflitante, em passo seguinte, dizer-se que o que decidido na questão de ordem não guarda adequação com a situação concreta, porque, caso contrário, haveria a retroação da deliberação do Tribunal. Isso demonstra que a deliberação surge com contornos normativos”.

O Ministro Peluso, diante do debate, fixou o entendimento de que a representação proposta posteriormente ao prazo de cinco dias padecia de falta de interesse jurídico, razão pela qual não podia ser conhecida: “Em outras palavras, seria o fundamento para manter o acórdão impugnado, porque, na verdade, aquela representação seria uma questão sem interesse jurídico. Portanto, a decisão fica mantida. Por isso a pertinência da questão de ordem, porque, na verdade, se o Tribunal fixasse, como fixou, a necessidade de um prazo para a demonstração do interesse, o fato de não ter sido observado esse prazo significa que o representante não tinha interesse na representação e, portanto, o Tribunal local, ao determinar que a representação era inconseqüente, tem toda a razão”. Ou seja, o prazo fixado pelo TSE de cinco dias não seria (a) decadencial, mas para (b) a demonstração do interesse na representação. Essa distinção merecerá uma melhor análise teórica adiante.

2. Matérias que podem ser objeto da Representação do art.96 da Lei Eleitoral.

Antes de avançarmos na análise da fixação do quinquídio decadencial para a representação do art.96, convém abrir um breve parêntese sobre as matérias que podem ser

atacadas por essa ação. Aqui e ali há confusão sobre as causas de pedir da representação do art.22 da LC 64/90, denominada de ação de investigação judicial eleitoral (AIJE), e da representação do art.96 da Lei nº 9.504/97.

A jurisprudência do TSE fixou de modo claro que as condutas vedadas aos agentes públicos, previstas no art.73 da Lei nº 9.504/97 devem ser atacadas processualmente através da representação do seu art.96, com a aplicação de cassação do registro de candidatura ou diploma e, quando fosse o caso, a aplicação de multa; todavia, poderiam ser também atacadas através da AIJE prevista no art.22 da Lei Complementar nº 64/90, já não mais como condutas vedadas (com a aplicação daquelas sanções ali previstas), mas como abuso de poder político, com a aplicação da sanção de inelegibilidade. Ou seja, o mesmo fato bruto poderia ter duas qualificações jurídicas distintas: se fosse tomado como abuso de poder político, seria atacado por meio da AIJE; se, porém, fosse tomado como conduta vedada aos agentes públicos, poderia ser impugnado por meio da representação do art.96. Graficamente, teríamos a seguinte situação:

O Tribunal Superior Eleitoral iniciou esse claro posicionamento a partir do RCD nº 608, rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 25/05/2004, conduzido pelos argumentos manejados com maestria pelo Ministro Caputo Bastos, que procedeu longa e importante exposição sobre a matéria, tratando do tema sob o enfoque do recurso contra diplomação: “De início, registro que o enquadramento jurídico dos fatos pertinentes às apontadas práticas de condutas vedadas, capituladas no art. 73 e seguintes da Lei nº 9.504/97, não pode ser examinado no âmbito do recurso contra expedição de diploma. Enfatizo que, nessa via, podemos examinar o fato ou a conduta como abuso do poder político e de autoridade, mas não na perspectiva de seu enquadramento ou capitulação nos termos do art. 73 e seguintes da Lei das Eleições”. Continuando suas observações: “Com efeito, o inciso IV do art. 262 do Código Eleitoral — com a redação que lhe deu a Lei nº 9.840/99 — não abrangeu o art. 73 e seguintes, à semelhança do que fez expressamente com o art. 41-A da Lei nº 9.504/97, no universo de matérias incluídas no seu cabimento. De lege lata, e na dicção do mencionado inciso IV do art. 262, o recurso contra expedição de diploma só é cabível, e anulável a votação, quando for viciada de falsidade, coação, emprego de processo

de propaganda ou captação de sufrágios vedada por lei (art. 222, CE), ou quando caracterizada a prática de abuso do poder econômico ou abuso do poder de autoridade (art. 237, CE), ou, finalmente, quando houver captação de sufrágio na forma prevista no mencionado art. 41-A da Lei nº 9.504/97”. Desse modo, concluiu: “Por isso, à míngua de disposição expressa que permita, no âmbito do recurso contra expedição, de diploma, o exame e o enquadramento dos fatos à luz das apontadas violações dos art. 73 e seguintes da Lei nº 9.504/97, impõe-se reconhecer que a apuração e decisão sobre a prática de condutas vedadas haveria de ser feita na circunscrita hipótese da representação de que trata o art. 96 da Lei das Eleições, observado o rito ali disciplinado e, especialmente, a competência dos juízes auxiliares”.

Destarte, não se pode, por exemplo, aplicar em sede de ação de investigação judicial eleitoral, a sanção de multa com espeque no art.73 da Lei nº 9.504/97, por expressa impossibilidade processual, uma vez que essa matéria apenas poderia ser afrontada por meio da representação do art.96 da Lei nº 9.504/97. Embora o fato atacado pela AIJE como abuso de poder político pudesse ser malferido também como conduta vedada aos agentes públicos, teria que ser, nessa última hipótese, objeto da representação do art.96. A diferença não é sem conseqüências práticas: se for tomado como abuso de poder, o fato ilícito ensejará a sanção de inelegibilidade, desde que demonstre potencialidade para interferir no resultado do prélio eleitoral; todavia, se for havido como conduta vedada aos agentes públicos, a sanção a ser aplicada será a da cassação do registro ou do diploma e multa, sem a necessidade de demonstração da potencialidade de percussão no resultado do pleito, nada obstante possa o tribunal, quando da aplicação da pena, proceder a sua dosimetria, conforme vem firmando o TSE. Assim, sublinhe-se, a AIJE pode fustigar as condutas vedadas aos agentes públicos (art.73), porém tomando-as como abuso de poder político, desafiando, nesse caso, a sanção de inelegibilidade prevista no art.22 da LC 64/90. Esse posicionamento terminou consolidado no TSE, consoante se observa da seguinte decisão: “Agravo Regimental. Recurso Ordinário. Representação eleitoral. Condutas vedadas. Lei nº 9.504/97, art. 73. – As condutas vedadas (Lei das Eleições, art. 73) constituem-se em espécie do gênero abuso de autoridade. Afastado este, considerados os mesmos fatos, resultam afastadas aquelas. – O fato considerado como conduta vedada (Lei das Eleições,

art. 73) pode ser apreciado como abuso do poder de autoridade para gerar a inelegibilidade do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90. – O abuso do poder de autoridade é condenável por afetar a legitimidade e normalidade dos pleitos e, também, por violar o princípio da isonomia entre os concorrentes, amplamente assegurado na Constituição da República. – Agravo Regimental desprovido. Decisão mantida” .

Essa interpretação do Tribunal Superior Eleitoral está correta e atende ao princípio da esquematização normativa do fático, enunciado por Pontes de Miranda . Compete ao direito separar os fatos relevantes para a normatividade, daqueles irrelevantes, além de tomar para si, dentre os fatos reputados relevantes, aquelas suas características que contam ou não para a incidência da norma jurídica. Por essa razão, a norma jurídica, ao construir conceptualmente os suportes fáticos, no descritor de sua estrutura lógica completa, funciona como seletora de propriedades. Daí asseverar Lourival Vilanova que “nem tudo do real tem acolhida no universo das proposições. No campo do direito, especialmente, a hipótese apesar de sua descritividade, é qualificadora normativa do fático. O fato se torna fato jurídico porque ingressa no direito através da porta aberta que é a hipótese. E o que determina quais propriedades entrem, quais não entrem, é o ato-de-valorização que preside à feitura da hipótese da norma” .

Os efeitos jurídicos são criações do direito, predispostos nas normas jurídicas. A um mesmo fato da vida podem ser anexados efeitos jurídicos diversos, previstos em normas diferentes. E as normas podem tomá-lo sozinho (suporte fático simples) e, ainda assim, outorgar-lhe efeitos diferentes, ou tomá-lo em conjunto com outros fatos (suporte fático complexo), também lhe afetando o mesmo ou outros efeitos. Uno no mundo dos fatos, faz-se múltiplo na intimidade do mundo jurídico. Aqui, o legislador é livre na construção normativa de sentido . A esse fenômeno Pontes de Miranda chamou de múltiplas incidências. Disse o gênio alagoano: “O mesmo fato ou complexo de fatos pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica. Então, as regras jurídicas incidem e fazem-no fato jurídico de cada uma delas, com a sua respectiva irradiação de eficácia. No mundo jurídico, ele múltiplo; entrou, ou reentrou, por várias aberturas, levado por diferentes regras jurídicas, sem deixar de ser, fora desse mundo, ou nele mesmo, inicialmente, um só” .

Se um administrador público utiliza-se indevidamente da propaganda institucional, inclusive no período vedado por lei, com a finalidade de influenciar o resultado do pleito, quebrando o princípio da impessoalidade, a um só tempo cometeu abuso de poder político (art.1º, I, “d” da LC 64/90), podendo ser vergastado pela ação de investigação judicial eleitoral (art.22 da LC 64/90), como também praticou uma conduta vedada aos agentes públicos, ferindo o art.73, VI, “b” da Lei nº 9.504/90, podendo ser reprochado pela representação do art.96 da Lei nº 9.504/97. Na primeira hipótese, a sanção a ser aplicada é de inelegibilidade cominada simples para a eleição em que o ilícito se deu, somada à inelegibilidade cominada potenciada para as eleições que ocorram nos próximos três anos; na segunda hipótese, a de conduta vedada aos agentes públicos, a sanção é a de imediata proibição da prática do ato e cominação de multa (§4º do art.73) e cassação do registro ou do diploma (§ 5º do art.73), a depender da sua gravidade, apreciada quando da dosimetria da sanção a ser aplicada

Naturalmente que aqui não se discute o prazo fixado para o ajuizamento da AIJE, que já está sedimentado na jurisprudência e na doutrina como sendo até a diplomação dos eleitos. Após a diplomação, por expressa determinação constitucional, cabível seria a ação de impugnação de mandato eletivo (AIME). O ponto central de nossas reflexões, por óbvio, limita-se ao problema da possibilidade de fixação de prazo decadencial, criado ex novo por via judicial. Nada obstante, a Res.-TSE nº 22.142/06, em seu art.19, passou a permitir que as representações que visassem as apurações de condutas vedadas aos agentes públicos pudessem seguir o rito processual previsto nos incisos I a XIII do art.22 da Lei Complementar nº 64/97, ou seja, o rito da AIJE. E, seguindo a sua nova cruzada por fixar limitações temporais ao exercício das ações eleitorais, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que, nessa hipótese de AIJE atacando condutas vedadas aos agentes públicos, o prazo decadencial também seria de cinco dias: “Agravo regimental. Recurso especial. Eleições 2004. Abuso. Veiculação. Propaganda institucional. Provas. Revolvimento. Fundamentos não invalidados. A declaração de inelegibilidade, para surtir efeitos, requer o trânsito em julgado. Para o TSE, o prazo de ajuizamento da investigação judicial eleitoral com fundamento em violação ao art. 73 da Lei nº 9.504/97 é de cinco dias contados do

conhecimento dos fatos. O recurso especial não é idôneo para reapreciação de provas. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental. Unânime. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 25.495/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, em 14.2.2006, com grifos apostos).

3. Aplicação do direito e segurança jurídica: razões justificadoras vs. razões superiores.

Vivemos sob o signo da temporalidade e, nos dias de hoje, submetidos ao império da urgência. François Ost, em uma notável obra sobre o tempo jurídico, advertiu sobre o caráter instável e efêmero da produção legislativa contemporânea, como também dos procedimentos jurídicos de um modo geral. Para ele, “a urgência, temporalidade do excepcional, tende a impor-se como tempo normal – a exceção que infirma a regra, de alguma forma. Fazendo o curto-circuito das formas, dos prazos e dos processos, a urgência, apoiando-se no estado de necessidade (necessidade que faz lei), transforma-se assim em ‘exceção’ generalizada. Daí resulta um risco de um tipo novo, a insegurança jurídica...” . A urgência passa a ser a pedra de toque do direito atual, não apenas com a vulgarização processual dos juízos sumários fundados na verossimilhança, mas também na adoção de um ativismo judicial que não admite mais esperar a decisão política do legislador, passando a criar um ordenamento jurídico pretoriano, lateral ou contrário àquele positivado, sempre em nome de princípios, que seriam a quintessência da argumentação jurídica pós-moderna.

Em nome desses princípios jurídicos suprapositivos, o juiz aplica um direito apenas retoricamente anterior à aplicação, normalmente desprendendo-se das normas positivadas que prometeu aplicar, reduzindo o princípio da legalidade a um entre tantos outros princípios a serem observados. Com essa flexibilização da base empírica da fundamentação das decisões judiciais, premida pela urgência que impede possa o legislativo disciplinar determinada matéria no futuro, o direito passa a ser praticamente construído para o caso concreto, gerando para as partes do processo a mais absoluta insegurança jurídica. Aliás, tão arraigada está ficando essa concepção relativista da interpretação jurídica e da obrigação do juiz de fundamentar as suas decisões com esteio em um direito posto (e não apenas pressuposto, para usar a expressão tornada conhecida pelo hoje Ministro do STF

Eros Grau), que há autores que declaradamente admitem a criatividade pura e simples da atividade judicante, tornando a decisão judicial um simples jogo retórico estruturado a partir da subjetividade das conexões de valores do aplicador.

Chega-se ao ponto de se admitir sem moessa que há hipóteses em que as regras podem deixar de ser aplicadas, mesmo estando com as suas condições satisfeitas, simplesmente quando a sua razão justificadora for cancelada, no caso concreto, por razões consideradas superiores pelo aplicador . O direito deixar de ser a aplicação de hipóteses de incidência ou suportes fáticos a partir de normas jurídicas predispostas, para se converter pura e simplesmente na aplicação de razões argumentativamente estruturadas. Por isso, assevera Humberto Ávila que “somente mediante a ponderação de razões pode-se decidir se o aplicador deve abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca do seu fundamento, nos casos em que existe uma discrepância entre eles” .

Levada essa tese às últimas conseqüências, hoje vivenciada em muitos meios acadêmicos como o que há de mais contemporâneo em termos de hermenêutica jurídica, toda atividade legislativa nada mais seria do que uma inutilidade, porque em última instância o que decide o caso concreto é a subjetividade do aplicador, ao dispor sobre as suas razões superiores, pautadas em suas conexões axiológicas. Todo texto jurídico positivado apenas ofereceria normas prima facie, que nada mais seriam do que um significado preliminar, submetido à construção de sentido pelo intérprete, cujo ônus de argumentação poderia ser capaz de superar, inclusive, as razões de cumprimento daquele sentido primígeno, modificando o próprio conteúdo do texto, é dizer, criando a norma do caso concreto.

Mas se as conexões axiológicas jogam de forma tão fundamental no ato de aplicação do direito, vem a talho perguntar em que essas conexões consistem. Fazendo uma análise da conhecida obra de Humberto Ávila, percebe-se que para a corrente analítica por ele defendida, as conexões axiológicas estão submetidas ao puro arbítrio do aplicador, pois, consoante leciona, elas “não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete” . Razão pela qual, cabe ao intérprete, por meio da

argumentação, intensificar ou deixar de intensificar essas conexões valorativas , por meio da contribuição institucional do aplicador, vale dizer, das ponderações de suas razões.

Isso leva a doutrina bem comportada em face do poder, ou mesmo ingênua perante ele, a acatar qualquer interpretação judicial como juridicamente válida e admissível, porque já não haveria mais um sistema jurídico a ser aplicado, mas apenas um conjunto de razões a serem ponderadas com base nas conexões de valores do aplicador. Por isso mesmo, não causa estranheza a conclusão a que chegou, por exemplo, Humberto Ávila: “O Poder Judiciário pode desprezar os limites textuais ou restringir o sentido usual de um dispositivo. Pode fazer dissociações de significado até então desconhecidas. A conexão entre a norma e o valor que preliminarmente lhe seja sobrejacente não depende da norma enquanto tal ou de características diretamente encontráveis no dispositivo a partir do qual é construída, como estrutura hipotética. Essa conexão depende tanto das razões utilizadas pelo aplicador em relação à norma que aplica, quanto das circunstâncias avaliadas no próprio processo de aplicação... A consideração ou não de circunstâncias específicas não está predeterminada pela estrutura da norma, mas depende do uso que dela se faz” .

Claro que a corrente analítica do direito ainda está presa à teoria do conhecimento kantiana, voltada para a relação sujeito-objeto, sem tomar em conta a natureza intersubjetiva do ato hermenêutico ou de qualquer ato de fala. Mais ainda: é evidente o solipsismo e psicologismo dessa construção teórica, que deixa ao arbítrio do sujeito e de suas razões pessoais, ou do seu ponto de vista, a ultima ratio do ato de aplicação. Aqui não há diálogo nem sentidos construídos intersubjetivamente, que impedem o divórcio entre o texto e a norma, a tal ponto que a significação passa a poder ser dissociada do seu suporte físico, como algo absolutamente criada pelo sujeito totalitário que passa a ser o intérprete. Não estariam, assim, no ordenamento jurídico positivo os limites que prenderiam o aplicador, simplesmente porque as normas seriam simples razões que justificariam o uso da força. Razões, essas, subjetivas, nunca é demais lembrar.

Diante dessa ideologia pós-positivista e niilista, o problema da normatividade se dissolve num jogo de azar, como o “takará” do anedotário. Segundo conta o vulgo, um

amigo chamou um outro para jogar com aquelas cartas de naipes diferentes, cuja regra era justamente não ter regras. O primeiro amigo, diante da estupefação do outro, iniciou a partida, dividindo o baralho em dois montes, distribuindo nove cartas diferentes para cada jogador e tirando de um dos montes a sua primeira carta. Em seguida, descartou uma outra. Sem conhecer os naipes e as regras, o outro amigo procedeu da mesma forma. Após três ou quatro descartes, o primeiro amigo baixou todas as cartas em suas mãos e gritou: “Bati. Takará!”. Surpreso e sem entender o porquê do resultado, o outro amigo continuou jogando e vendo as sucessivas vitórias daquele que o havia convidado para o jogo. Cansado de perder, imaginou que a única regra válida para a aquele jogo seria a vitória de quem primeiro gritasse que havia vencido. E assim procedeu. Antes que o primeiro amigo batesse, ele se antecipou e gritou: “Bati. Takará!”. O seu amigo, porém, não se comoveu. Imediatamente deu a resposta: “Não, senhor. Eu bati. Olhe aqui: takará duplo!”. E jogou suas estranhas cartas sobre a mesa.

Quando as regras são criadas pelas razões superiores do aplicador, fundadas em suas conexões axiológicas e em seu ponto de vista, não há como se construir um sistema jurídico com um mínimo de segurança para os seus destinatários. O direito passa a ser área afeta aos adivinhos ou profetas, ou então um assustador jogo de Takará. Sem um mínimo de sentido comum à comunidade do discurso, vivido atematicamente no plano da ação comunicativa, não há como se construir um discurso prescritivo vivenciado simbolicamente como objetivação social que qualifica juridicamente o fático .

3. Decadência, criatividade judicial, interesse de agir e tutela jurídica.

A decadência é a preclusão máxima do direito subjetivo. Enquanto a prescrição apenas encobre a pretensão, a decadência atinge o próprio direito, esvaziando-o até fazer-se nenhum. Esse efeito mutilador é colado ao fato jurídico do tempo, buscando estabilizar as relações jurídicas. O que decai é o exercício do direito potestativo ou formativo, voltado à constituição ou desconstituição de fatos jurídicos ou efeitos jurídicos. Os direitos potestativos são exercidos através da sujeição da esfera jurídica de terceiros, sem que haja pelo sujeito passivo qualquer contribuição da sua vontade. O sujeito passivo suporta ou tem

o ônus de sujeitar-se ao agir do sujeito ativo da relação jurídica, como ocorre com o locatário com a notificação de denúncia vazia, naqueles regimes em que se admite a sua prática.

Quando, porém, a atuação do direito potestativo pode gerar efeitos reflexos que atinjam a coletividade ou criem uma situação de desconforto e intranquilidade metapessoal, o ordenamento jurídico fixa prazos que limitam temporalmente o seu exercício. Esses prazos são decadenciais, atingindo o direito subjetivo em definitivo, ao ponto de esvaziá-lo por completo. O que importa para a decadência, dirá Pontes de Miranda, é o transcorrer do tempo mesmo, malgrado a atividade e do credor: “a única atividade que impede a fluência é o exercício mesmo do direito, da pretensão, da ação, ou exceção”. Não exercido no prazo legal, há dies supremus, macerando o direito até a morte.

No Direito Eleitoral os prazos são submetidos ao bloco da legalidade, razão pela qual deverão ser criados pela legislação, justamente para que se preserve a segurança jurídica, impedindo que os direitos subjetivos públicos sejam mondados. Não pode o Judiciário criar prazos decadenciais, destarte, a pretexto de colmatar lacuna legal ou de dar musculatura a qualquer outro princípio jurídico, por mais relevante que seja. Aqui, não se admite legitimamente a possibilidade de manejo de “razões”, superiores ou justificadoras, para alterar o ordenamento jurídico por meio de interpretações que simplesmente são expressões do voluntarismo jurídico, que deseja substituir-se ao legislador por meio de argumentações sem vínculos com o sistema jurídico que deve ser aplicado. Tampouco se admite o que o poder regulamentar concedido ao TSE ganhe tamanho elastério, chegando ao ponto de poder simplesmente alterar o ordenamento jurídico, com apodo de limite temporal ao exercício de alguma faculdade que originariamente não existia. O Tribunal Superior Eleitoral já teve oportunidade de refutar a possibilidade de criação de prazos decadenciais pelo julgador: “Representação. Prazo. – Não é dado ao julgador criar prazo de decadência de que a lei não cuida. Menos ainda invocando pretensa isonomia com o estabelecido para a resposta”. Em sua fundamentação, o Ministro Eduardo Ribeiro teve o ensejo de asseverar: “Parece-me que, admitindo-se exista um prazo para o ajuizamento da ação, decorrendo do não exercício a perda do direito de fazê-lo, a hipótese seria de

decadência. Ora, não há princípio algum que justifique a afirmativa de que todo direito esteja exposto à caducidade. Aceito que algum prazo extintivo deve existir, mas de prescrição e não de decadência, que essa só verificaria caso previsto em lei”. E concluiu: “Afigura-se, ainda, menos feliz a solução de criar-se dito prazo decadencial com base em pretensa isonomia com o de defesa. Trata-se de coisas distintas que não estão a reclamar tratamento idêntico (...)”. As suas palavras não estão longe da posição assumida pelo Ministro Marco Aurélio.

Analogicamente, poder-se-ia admitir a integração da lacuna do ordenamento jurídico com a aplicação do prazo decadencial de quinze dias, previsto no § 10 do art.14 da Constituição Federal. É que tanto as representações previstas no art.96, movidas para a cassação do diploma dos eleitos, como a ação de impugnação de mandato eletivo visam a um mesmo fim jurídico: a cassação do mandato ilicitamente obtido nas urnas. Aqui não haveria a criação judicial de um prazo, estribada em razões pessoais dos julgadores investidos na função legislativa, mas interpretação analógica, com a integração do ordenamento jurídico a partir dele próprio. Mais ainda: a partir do seu fundamento de validade, a Constituição Federal.

É certo que atualmente o TSE busca encontrar uma outra fundamentação jurídica para o estabelecimento do prazo preclusivo de cinco dias para o manejo da representação do art.96 da Lei nº 9.504/97. Diante da salutar resistência do Ministro Marco Aurélio em admitir a possibilidade de criação judicial de prazo de decadência, consoante anteriormente exposto, alguns membros da Corte Eleitoral têm buscando um outro fundamento para o estabelecimento legítimo do quinquídio: a ausência de interesse processual do autor após esse prazo. No Agravo Regimental em Recurso Especial nº 21.508/PR, lavrou-se a seguinte ementa: “Agravo regimental no recurso especial (art. 73, I, da lei nº 9.504/97). Eleição de 2002. Recebimento como ordinário. Perda do interesse de agir (RO nº 748/PA). Representação substitutiva de recurso contra expedição de diploma ou de ação de impugnação de mandato eletivo. Inadmissibilidade. Fundamentos do despacho não infirmados. Desprovisionamento. É inadmissível dar à representação, por prática de conduta vedada, efeito substitutivo do recurso contra expedição de diploma ou da ação de

impugnação de mandato eletivo. Esgotados os prazos destes, incabível aquela para os mesmos efeitos. Agravo regimental a que se nega provimento” .

O interesse de agir processualmente decorre da presença de dois binômios: utilidade e necessidade da provocação da atividade jurisdicional. Historicamente, compreendeu-se o interesse de agir como sendo a condição da ação que estaria ligada sempre, ou ao menos no mais das vezes, a alguma lesão do direito tutelado. Sem que houvesse pelo menos a afirmação da violação do direito substancial, que faria surgir a necessidade da tutela jurisdicional, quedaria fora a existência daquela condição da ação. Crisanto Mandrioli muito bem asseverou que não bastaria à demonstração do interesse do agir a afirmação de um direito subjetivo, porém far-se-ia essencial a afirmação da necessidade de tutela desse direito, demonstrada através da alegação da sua violação. Seria da necessidade de tutela jurisdicional advinda “dall’affermazione dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi del diritto” que emergiria aquela condição da ação que se denomina interesse de agir . Interesse ou necessidade não já por aquele bem que é reconhecido e atribuído pelo direito substancial, mas, segundo Mandrioli, interesse “per quell’ulteriore diverso bene (ossia la tutela giurisdizionale) che può conseguirse attraverso l’attività giurisdizionale” . De tudo isso resulta que o que definiria em última análise o interesse de agir seria a existência de uma violação do direito substancial, que faria necessária a intervenção da atividade jurisdicional, provocada pelo exercício da pretensão à tutela jurídica.

Como demonstra Cristina Rapisarda, em sua importante obra sobre a tutela inibitória, o conceito de interesse de agir associado ao de violação do direito foi responsável pela pouca importância dada à tutela preventiva, sobretudo à inibitória, ficando circunscrita praticamente à ação declaratória e às ações cautelares . Aliás, não por outra razão, além de fatores históricos outros que aqui não importa, as ações cautelares foram tão mal estudadas, mais da vez a ela aplicando-se impropriamente, como ocorreu com Calamandrei, a teoria das ações sumárias satisfativas, sobretudo dos processos monitórios e injuncionais.

Com o surgimento dos “novos direitos”, como aqueles decorrentes da tutela dos consumidores, do meio ambiente e das relações de massa em geral, a tutela ressarcitória qualificada pela posterior defesa do direito já violado suscitou o curto circuito sistêmico daquele conceito de interesse de agir, uma vez que agora se passou a reivindicar técnicas processuais de prevenção do ilícito, justamente para impedir a violação havida. Assim, passou-se gradualmente a se entender o interesse de agir como a utilidade que o processo pode ter na tutela do direito subjetivo, inclusive para protegê-lo antecipadamente da violação. Como demonstra Rapisarda, “o conteúdo não-patrimonial dos novos direitos determina, com efeito, normalmente, a irreparabilidade da sua lesão, razão pela qual se faz essencial privilegiar formas preventivas de tutela, que permitam evitar a concreção do evento lesivo” .

Essa evolução do conceito de interesse de agir fez com que a doutrina processual desse um giro em relação àquele movimento doutrinário iniciado por Adolf Wach e Giuseppe Chiovenda, que apartava radicalmente o direito substancial do denominado direito de ação, visto então como um direito abstrato que faria surgir uma relação jurídica nova, de direito público. A publicização do processo, responsável pela sua autonomização em relação ao direito material, teve como uma das suas conseqüências a radicalização da separação entre os dois planos, deixando o processualista de se preocupar sobre as conseqüências práticas da tutela jurisdicional ofertada em relação à satisfação buscada pelas partes no plano do direito material. Essa a razão pela qual se fez o movimento inverso, senão para apagar a distinção de planos entre o direito material e processual, ao menos para vê-lo em uma união hipostática. Por isso, resgatou-se com muito mais força e densidade do que aquela originalmente existente, a frase lapidar de Chiovenda, segundo a qual “il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire” .

A tutela jurisdicional há de ser efetiva, dando o quanto possível a quem tem um direito tudo aquilo, e somente aquilo, que ele tem direito de conseguir. Assim, sem perder de vista a publicização da relação processual, a teoria contemporânea do processo superou, embora sem tematizar a questão, o conceito de direito abstrato de agir, como já o fizera

Pontes de Miranda, no segundo quartel do século passado, sem cair na teoria da ação como direito concreto de agir ou na teoria civilista da ação.

Sem aqui ingressar nessa questão complexa sobre a teoria da ação, que demandaria excessiva perda de foco do nosso tema, importa sublinhar que a contemporânea processualística civil passou a se preocupar com a satisfatividade da tutela jurídica, ou seja, sobre a incidência do dever-ser do enunciado das decisões judiciais no ser do mundo da vida. E isso apenas se tornou possível com a volta “al recupero del collegamento tra diritto sostanziale e processo” . A teoria processual, e com ela o legislador, passam agora a se preocupar seriamente com a adequação dos remédios jurídicos à efetiva proteção dos direitos substanciais, deixando de lado a abstratividade da ação processual e passando a deitar olhos sobre aquilo que vem sendo chamado de “tutelas diferenciadas”. Para cada direito substancial deve haver uma tutela específica, que o atenda e proteja. Consoante afirma Di Majo: “E in tale ottica che va anche ridimensionata la storica contrapposizione sub specie tutelae tra diritto e processo, giacchè, se non è certo il processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela, bensì la legge sostanziale, e con riferimento ai rimedi ivi riconosciuti, è tuttavia il processo la sede in cui tali scelte sono destinate a tradursi in tecniche e forme adeguate” . O processo para a ser a morada da satisfatividade dos direitos substanciais.

Essa breve digressão sobre a moderna teoria do processo civil se fez imperiosa para rebater o entendimento de que seria possível a estipulação de um prazo (que não seria decadencial!) para além do qual não haveria o interesse de agir para o exercício da representação do art.96 da Lei nº 9.504/97. Em primeiro lugar, resta evidente que não há relação entre interesse de agir e prazo, mas sim entre interesse de agir e utilidade, necessidade ou efetividade da tutela jurídica pretendida. Assim, não se poderia judicialmente criar um prazo, aleatório consoante se observa das discussões que resultaram no RO 748, para artificialmente arrostar a assertiva de que qualquer providência processual posterior seria sem interesse para a parte que a intentasse. Essa a razão pela qual não acatamos o entendimento do Ministro Humberto Gomes de Barros: “Em verdade, não se trata de estabelecer o prazo, mas simplesmente de presumir que, ultrapassado aquele tempo

razoável para se fazer a representação, que se tem como desinteressante, ou como inexistente, prejuízo ao representante”.

Ao depois, e ainda com maior relevo, é curial se guardar na retentiva que o interesse de agir, modernamente, há de ser observado a partir do direito substancial a ser tutelado, a cuja proteção serve o processo. Destarte, para se analisar se há interesse de agir na representação do art.96 ajuizada contra alguma suposta conduta vedada aos agentes públicos, necessário se observarem (a) qual o direito substancial que se quer proteger e (b) qual a tutela adequada para esse desiderato. Assim, não há solução a priori, como a tomada pelo TSE, que pudesse de antemão fixar prazo para a existência do interesse do agir.

Para facilitar a nossa exposição, tomemos como exemplo a lide submetida à apreciação do TSE, objeto do RO 748. Tratava-se de representação proposta pelo Ministério Público contra o candidato ao Governo do Pará, apoiado pelo governador daquele Estado, que teria sido beneficiado indevidamente com placas apostas no estádio de futebol onde se realizaram jogos da Copa dos Campeões, torneio de futebol de âmbito nacional, disputado no período de 03 a 31 de julho de 2002, com veiculação de propagandas institucionais de obras do governo do Estado através de engenhos publicitários típicos de torneios desportivos, de fácil e permanente visualização, tanto pelo público presente no estádio quanto pelos telespectadores. Ademais, placas com logotipos da administração, anunciando obras realizadas no Estado, estavam afixadas no muro de arrimo das arquibancadas do estádio, acompanhando toda a extensão lateral do campo de jogo, com seus aproximados 100 metros de comprimento bem como sobre o gramado. Essa propaganda institucional, com natureza subliminarmente eleitoral, teria sido veiculada no período vedado pelo art.73, inciso VI, alínea “b” da Lei nº 9.504/97. O resultado do segundo turno das eleições teria ocorrido no dia 5 de novembro de 2002 e a diplomação dos eleitos no dia 17 de dezembro de 2002. A representação teria sido proposta pelo Ministério Público após as eleições e antes da diplomação, exatamente no dia 13 de novembro de 2002.

O objeto da controvérsia processual entabulada pelos membros do TSE estaria na necessidade de impedir estoque de demandas eleitorais para serem manejadas apenas após o resultado do pleito, o que ensejaria uma deturpação da finalidade das ações eleitorais, como exposto em detalhes anteriormente. O Ministro Madeira invocou em favor da sua tese a norma veiculada pelo § 4º do art.73 daquele diploma legal: “O descumprimento do disposto neste artigo acarretará a suspensão imediata da conduta vedada, quando for o caso, e sujeitará os responsáveis a multa no valor de cinco a cem mil UFIR”. A suspensão imediata da conduta vedada é medida liminar satisfativa, impedindo a continuidade da violação já iniciada. Atende ao interesse público de proibir o dano ao bem jurídico tutelado, mantendo a isonomia entre os candidatos e vergastando o abuso de poder político em desfavor da liberdade do voto. Aqui, por evidente, há provimento de urgência a ser concedido, cujo interesse de agir apenas se põe de manifesto se a medida judicial buscada for célere. A demora ou a inércia dos interessados faz consumir a violação do ordenamento jurídico às inteiras.

A questão a saber, então, é se há conseqüência jurídica para a violação da norma do art.73, VI, “b” da Lei das Eleições. Aqui, já não há falar em tutela de urgência, visando impedir a continuidade da conduta ilícita e as suas conseqüências eleitorais, razão pela qual seria impertinente a invocação do § 4º do art.73. Nesta sazão já há o ato ilícito eleitoral praticado e consumado. Agora, impende perguntar se há para esse fato jurídico ilícito alguma sanção. Prescreve o § 5º do art.73 da Lei nº 9.504/97, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.840, de 28/09/1999: “Nos casos de descumprimento do disposto nos incisos I, II, III, IV e VI do caput, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, o candidato beneficiado, agente público ou não, ficará sujeito à cassação do registro ou do diploma”.

Ora, o legislador revisor da Lei nº 9.504/97 estipulou duas sanções para as condutas vedadas no art.73, VI, “b”: a cassação de registro ou a cassação do diploma. A cópula disjuntiva “ou” é aí includente : cassação do registro e, se já diplomado o candidato, também do diploma. Ora, se a tutela jurídica buscada, em razão da violação da norma do art.73, VI, “b”, é inclusive a cassação do diploma, como fixar um prazo de cinco dias da ocorrência ou do conhecimento do fato ilícito, além do qual faleceria interesse de agir?

Tomando-se em conta que, em razão da própria norma jurídica glosada, a sanção a ser aplicada é a de cassação do diploma e perda do mandato, parece-nos por demais evidente que o interesse de agir, compreendido como utilidade da tutela jurídica, está mais do que patente.

Insisto aqui no ponto: a tutela jurídica para a sanção do § 4º do art.73 é preventiva satisfativa (sem natureza cautelar); a tutela jurídica para a sanção do § 5º do art.73, reintegratória. Sim, visa ela reintegrar o status quo ante, cortando do beneficiário do ato ilícito eleitoral a vantagem dele advindo: a manutenção da candidatura, pela cassação do registro, ou o mandato, pela cassação do diploma.

4. A criação de prazo decadencial após a representação: direito intertemporal.

O mais grave da criação do prazo decadencial pelo RO 748 foi o desrespeito ao ato jurídico perfeito da representação eleitoral. Criou-se um prazo fatal, que não existia, numa questão de ordem suscitada no julgamento, e, a partir dele, julgou-se que a representação havia sido intempestiva. Foi como se o TSE bradasse ao Ministério Público, autor da representação, um sonoro: “Bati. Takará!”. Para espanto e perplexidade do Ministro Marco Aurélio, evidentemente constrangido na hora de decidir pela perda de prazo, por parte do Ministério Público, criado naquela oportunidade, sem que ninguém soubesse da sua existência, até mesmo porque ele de fato não existia.

A Constituição Federal protege o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Cuidou assim de não vedar a retroatividade das leis ou atos normativos, desde que mantivessem incólume a esfera jurídica daqueles que agiram sob o império da norma revogada e praticaram atos ou obtiveram vantagens jurídicas. Evitar-se-ia com isso a submissão do cidadão à tirania do poder estatal, pondo-se a salvo das contingências políticas posteriores, que manteriam o tráfego jurídico em constante transe. O Poder Judiciário, de outra banda, teria como tutelar esses interesses constitucionalmente protegidos, mantendo a necessária estabilidade das relações jurídicas.

Curiosamente, quando o Poder Judiciário passa a exercer o poder regulamentar, mas vulneráveis ficam as esferas jurídicas do cidadão, porque aquele que edita as normas erga omnes é o mesmo que a aplica ao caso concreto. E, o que é pior, cria-se uma norma a partir e para o julgamento de um caso concreto. Há no RO 748 um diálogo impressionante entre Ministros. Pergunta Marco Aurélio, depois de fixado o prazo de cinco dias: “A representação foi tempestiva? Senhor Presidente, nesse caso, deu entrada dentro dos cinco dias?”. A resposta do Ministro Madeira: “Não”. E o Ministro Marcos Aurélio pergunta: “Fixa-se não tendo em conta o caso concreto?”. Responde Madeira: “Não. Só a questão de ordem.” Diante da situação inusitada, obtemperou Marco Aurélio: “Presidente, estou mais perplexo ainda, porque simplesmente surge prazo que nada tem a ver com o processo. Fui informado pelo relator que, muito embora o Ministério Público tenha entrado tempos após o acontecimento glosado pelo art. 73, não haverá aplicação nesse caso. Isso só informa que se passa a atuar no campo legiferante, porque não se está interpretando a lei para aplicação no caso concreto. Estar-se-á realmente legislando sobre o tema e acho perigosíssimo da parte do Tribunal fazer isso sem que seja, sequer, via resolução para disciplinar as eleições. Uma coisa seria a atuação do Tribunal, no exame global, no exame em tese da matéria. Mas, apregoadado o processo, no caso concreto, atuar em tese?”. E, em seguida, concluiu ele: “Vejam, no exame do caso, segundo o relator, a matéria não é necessária à definição do recurso. Imagine-se que a questão de ordem, a definição, seja indispensável ao julgamento. Mas será algo conflitante, em passo seguinte, dizer-se que o que decidido na questão de ordem não guarda adequação com a situação concreta, porque, caso contrário, haveria a retroação da deliberação do Tribunal. Isso demonstra que a deliberação surge com contornos normativos.”.

O entendimento firmado no RO 748, embora não esteja ainda pacificado, vem sendo aplicado pelo TSE e, na sua esteira, pelos tribunais regionais eleitorais. Aplicando-se, insista-se, a processos que já estavam em tramitação quando da questão de ordem suscitada. Parece-nos que há aqui flagrante inconstitucionalidade dessas decisões judiciais.

5. Conclusões.

Diante de todo o exposto, necessário firmar aqui algumas importantes conclusões:

1. Os prazos decadenciais apenas devem ser criados por lei, não podendo o Poder Judiciário criá-los, ainda mais porque ao fazê-lo excede inconstitucionalmente o seu poder regulamentar.

2. O interesse de agir é qualificado pela utilidade, necessidade e efetividade da tutela jurídica pretendida para proteger/realizar o direito substancial invocado, em face do ordenamento jurídico.

2.1. A fixação de prazo *ope judicis* para o exercício da representação do art.96 da Lei nº 9.504/97, como meio de aferir o interesse de agir, é insustentável, porque um prazo fatal (*dies supremus*) é preclusivo ou decadencial e não serve para aferir a utilidade que o processo possa dar ao interessado.

2.2. Sendo o interesse de agir observado em face da norma jurídica invocada (objeto litigioso), tem-se que a sanção do § 5º do art.73 da Lei nº 9.504/97 prevê a cassação do registro ou do diploma, razão pela qual há interesse de ajuizar a representação após as eleições. O TSE, quando muito, poderia invocar analogicamente o prazo decadencial de 15 dias, idêntico ao da ação de impugnação de mandato eletivo, previsto no art.14, § 10 da Constituição Federal. Aí não haveria criação de prazo decadencial, mas integração da lacuna legislativa.

3. A representação do art.96 da Lei nº 9.504/97 pode atacar condutas vedadas aos agentes públicos, aplicando a sanção de cassação do registro ou diploma e multa, no prazo de quinze dias após a diplomação. Todavia, atualmente prevalece no TSE o prazo fatal de cinco dias.

4. A ação de investigação judicial eleitoral pode atacar abuso de poder econômico ou político, uso indevido dos meios de comunicação, captação de sufrágio (art.41-A), as condutas vedadas aos agentes públicos (art.19 da Res.-TSE nº 22142 de 02 de março de 2006 (Instrução nº 99/06) aplicando a sanção de inelegibilidade para a eleição presente e futura (03 anos, etc) e no prazo até a diplomação.

5. A mesma conduta ilícita pode ser qualificada como abuso de poder político, ensejando o manejo da AIJE, no prazo até a diplomação, ou como conduta vedada aos agentes públicos, ensejando a representação do art.96, com prazo de quinze dias após a diplomação (Para o TSE, esse prazo seria de cinco dias a contar do conhecimento do fato). Cada uma das ações teria conseqüências distintas: aquela a inelegibilidade cominada; essa, a cassação do registro ou diploma (inelegibilidade simples).

6. A aplicação do prazo decadencial de cinco dias às representações ajuizadas antes do RO 748 fere o ato jurídico perfeito e o direito adquirido dos interessados, em retroatividade indevida da norma geral e abstrata criada com efeito erga omnes.

7. Takará!

INFORMAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS:

COSTA, Adriano Soares da. Breves notas sobre o quinquídio decadencial das representações do art.96 da Lei Eleitoral.

Disponível em:

<http://www.adrianosoares.com/midias/PrazoDecadencialdeRepresentacaoEleitoral.pdf>

Extraído em: _____

* Advogado. Ex-Juiz de Direito. Presidente do IDPP – Instituto de Direito Público e Político. Parecerista. Professor de Direito Eleitoral no CCJUR/CESMAC.

Disponível em:< http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php?cod_texto=217>

Acesso em.: 15 out 2007.